Grolman, Karl Ludwig Wilhelm <<von>>,

Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
Nach d. gemeinen, dt. Gesetzen entworfen

Gießen u.a. 1803

Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/Jur.2161
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11101010-9

Kreisbibliothek Regensburg

8° Jur. Grolman

2161

Theorie
des
gerichtlichen
Verfahrens
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
nach
den gemeinen deutschen Gesetzen
entworfen
von

D. Karl Grolman.

Zweyte, zum grossen Theile umgearbeitete Auflage.

Gießsen und Darmstadt,
bey Georg Friedrich Heyer.
1 8 0 3.

Non ego sum veterum, nec asseela novorum.
Si quid veri invenio, diligo.

Kreisbibliothek Regensburg

Seinen Freunden

dem

Herrn

Hofrath und Professor der Rechte,

Ludwig Harscher

von Almendingen,

zu Herborn,

und

dem Herrn

Doctor und Professor der Rechte,

Paul Johann Anselm

Feuerbach,

zu Kiel,

widmet

diese Schrift

Zum

D e n k m a l e

seiner

innigsten Verehrung

und

jener ewigen Freundschaft und Liebe

welche

die Herzen

aller

redlichen Forscher nach Wahrheit,

so

verschieden auch die Resultate ihres Forschens seyn mögen, unzertrennlich vereinigt,

der Verfasser.

VORREDE.

Eine Wissenschaft kann in gröſseren und kleineren Werken vortrefflich bearbeitet seyn, ohne daſs darum das Unternehmen eines academischen Lehrers, *die Zahl der vorhandenen Lehrbücher über diese Wissenschaft durch ein neues zu vermehren, absolut verwerflich, oder auch nur tadelnswürdig scheinen müſste. Wenn das neue Lehrbuch sich nur wirklich in der Behandlungsart seines Gegenstandes (nicht etwa bloſs in den Worten) von seinen Vorgängern unterscheidet, und die Wissenschaft durch das-*

selbe nicht rückwärts geführt wird, so sehe ich wenigstens nicht ein, wie der Verfasser desselben, welcher das Bedürfniſs eines eigenthümlichen Leitfadens für seine Vorlesungen als den einzigen Grund seines Unternehmens angiebt, Tadel verdienen könne. Im Gegentheile scheint mir das, durch ein solches Unternehmen documentirte Bestreben des academischen Lehrers, seinen Zuhörern, auf die nach seinem Urtheile beste Art, nützlich zu seyn, selbst Achtung zu verdienen.

Sollte das Lehrbuch, welches ich hiemit dem Publikum übergebe, nur allein aus dem angegebenen Gesichtspunkte beurtheilt werden, so dürfte ich wohl vor Tadel ziemlich sicher seyn. Daſs ein eigenthümlicher Leitfaden bey meinen Vorlesungen mir Bedürfniſs war, wird der flüchtigste Blick auf diese Blätter auſser Zweifel setzen. Die von den bisherigen, so sehr abweichende

Behandlungsart meines Gegenstandes wird jeden Leser überzeugen, dafs das Vorgeben jenes Bedürfnisses nicht erdichtet seyn könne, und ich berufe mich auf diese Ueberzeugung, um entschuldigt zu werden, dafs ich, des nonum prematur in annum vergessend, schon izt zu der Herausgabe eines Werkchens mich entschliefsen konnte, das, — ich gestehe es — noch weit hinter dem Ideale zurückgeblieben ist, welches ich bey der Ausarbeitung desselben vor Augen hatte. Sollte mir also nur nicht nachgewiesen werden können, dafs dieses Lehrbuch die Wissenschaft, welche es behandelt, nicht einmal in dem Grade von Vollkommenheit darstelle, welchen dieselbe schon wirklich erreicht habe; so würde ich, wie gesagt, keinen Tadel zu fürchten haben.

Allein ich selbst wünsche, dafs meine Beurtheiler dieses Lehrbuch nicht blofs als einen Leitfaden für meine Vorlesungen prü-

fen möchten. Ich glaube nämlich, ohne darum die Verdienste meiner Vorgänger im geringsten zu verkennen, daſs die Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, im Ganzen sowohl, als in ihren einzelnen Theilen, noch sehr wenig vervollkommnet und selbst bey weitem ungenügender bearbeitet worden sey, als die Theorie irgend eines anderen Theiles der Rechtswissenschaft. Mein Lehrbuch hat daher die Absicht, zur Vervollkommnung der Wissenschaft selbst, für welche es bestimmt ist, beyzutragen. Darum wird man in demselben das Ganze sowohl, als auch vorzüglich einzelne Lehren in einer ganz anderen Gestalt erblicken, als man bisher denselben geben zu müssen geglaubt hat, — darum wird man in demselben manche einzelne Lehre abgehandelt finden, welche man bisher nicht abzuhandeln pflegte, darum endlich wird man in demselben die Darstellung mehrerer Lehren vergebens suchen, welche man

in den bisherigen Lehrbüchern des Processes weitläufig abgehandelt findet. — Ich unterlasse es die Vorzüge aufzuzählen, welche ich meinem Lehrbuche, in Vergleichung mit anderen, zuschreiben zu können glaube; denn wen könnte mein Glauben interessiren! Und welche Vorzüge müſsten diejenigen seyn, welche dem, mit unsrer Proceſsliteratur vertrauten, aufmerksamen Leser nicht ohne meine Bemerkung einleuchten sollten? Ich bitte aber Jeden, welcher die öffentliche Beurtheilung meiner Schrift übernimmt, dieselbe als Beytrag zur Vervollkommnung der Wissenschaft zu würdigen (). Mögen dann auch alle, vielleicht*

(*) *Wenn dieses geschieht, so darf ich wohl nicht fürchten, daſs über meine Schrift im Ganzen darum ein Verdammungsurtheil ausgesprochen werde, weil vielleicht das Unrichtige mancher einzelnen*

nur in meiner Einbildung existirenden Vorzüge derselben, vor dem schärferen und geübteren Auge des prüfenden Richters verschwinden, so wird selbst hieraus doch immer ein Gewinn für die Wissenschaft entstehen; denn entweder werden dann meine Zweifel gegen die schon erreichte Vollkommenheit derselben gründlich widerlegt werden, oder man wird anerkennen müssen, daſs das durch meinen verunglückten Versuch nicht gehobene Bedürfniſs einer besseren Bearbeitung derselben wirklich vorhanden sey. Die Anerkennung des Bedürfnisses ist schon der erste Schritt zu der Aufhebung desselben. Demjenigen aber, welchem es nicht um Schriftstellerruhm, sondern um das beste seiner Wissenschaft zu thun ist, wird es selbst wünschenswerth seyn, daſs seine unvollkommene Arbeit

meiner Behauptungen dargethan werden könnte.

recht bald durch die bessere eines andern Freundes der Wahrheit verdrängt werden möge.

Man wird dieses Lehrbuch sehr arm an Allegaten, oder (wie man zu sagen pflegt) Literatur finden. Da indessen durch dasselbe kein Handbuch unnöthig gemacht, sondern nur bewürkt werden sollte, daſs Handbücher mit gröſserem Nutzen gebraucht werden könnten; so glaube ich verpflichtet zu seyn, die Bogenzahl eines academischen Lehrbuches nicht durch abgedruckte Stellen aus Claproth *oder* Danz *etc. zu vermehren. Die Literaturkenntnisse des Verfassers eines Buches müssen übrigens aus dem Innhalte des Buches selbst, keineswegs aus, mit Allegaten schwangeren Noten beurtheilt werden.*

In der Folge werde ich auch die Theorie des Verfahrens in Fällen der willkühr-

lichen Gerichtsbarkeit bearbeiten. Alsdann habe ich das ganze Feld der praktischen Rechtsgelehrsamkeit ermessen. Beyde Lehrbücher können dann als eine vollständige Anleitung zur juristischen Praxis betrachtet werden; denn eine Anleitung zur Praxis, welche sich von der Theorie des Processes unterschiede, kenne ich nicht.

Gieſsen den 4ten April
1800.

Dr. Karl Grolman.

VORREDE
ZUR ZWEYTEN AUFLAGE.

Dafs ich mich bemühe, den Beyfall, welcher diesem Werkchen zu Theile geworden ist, zu verdienen, werden die beträchtlichen Verbesserungen, mit welchen ich diese Auflage dem Publikum zu übergeben gesucht habe, beweisen. Hätte mich die zweyte Auflage nicht wahrhaft übereilt und befände ich mich nicht gerade in dieser Zeitperiode in einer Lage, welche mir nur einzelne Augenblicke für meine Lieblingsbeschäftigungen — für literarische Arbeiten gönnt,

so würde eine sorgsamere Feile auch die Spuren einer flüchtigen Bearbeitung in der Darstellung zu entfernen gesucht haben. In dieser Lage aber, welche mir an die Erfüllung meines Versprechens, das Verfahren bey willkührlichen Gerichtshandlungen zu behandeln, kaum zu denken erlaubt, muſs mir das Bewuſstseyn genügen, in der Sache selbt gröſsere Vollkommenheit erreicht und dadurch mir vielleicht einige Ansprüche auf Nachsicht wegen dessen, was ich izt nicht zu leisten vermogte, erworben zu haben.

Gieſsen im May
1803.

Dr. Karl Grolman.

INHALTSANZEIGE.

EINLEITUNG.

Erstes Kapitel.

Von dem Begriffe des gemeinen deutschen Civilprocesses und der Theorie desselben.

§. 1. Nothwendigkeit des Richteramts. §. 2. Begriff des Processes im Allgemeinen und der Theorie desselben. §. 3. Begriff der Procefsordnungen. §. 4. Die Theorie des Gerichtsstyls ist ein wesentlicher Theil der Theorie des Processes. §. 5. Die Theorie des Processes lehrt die Kunst, Acten zu verfertigen und mit denselben geschickt umzugehen. §. 6. Verhältnifs des Processes zu der praktischen Rechtsgelehrsamkeit überhaupt. §. 7. Deutscher gemeiner und besonderer Procefs. §. 8. Civil- und Criminalprocefs.

Zweytes Kapitel.

Von den Quellen und Hülfsmitteln des gemeinen deutschen Civilprocesses.

§. 9. Begriffe und Eintheilungen der Quellen. §. 10. Unmittelbar gesetzliche Quellen. §. 11. Mittelbar gesetzliche Quellen a) die Natur der Sache. §. 12. b) Gerichtsobservanzen. §. 13. Begriff und Eintheilung der Hülfsmittel. §. 14. Hülfsmittel für den Theoretiker. a) Philologische. 15. b) Philosophische. 16. Historische. α) Geschichte derjenigen Völker, deren Gesetze uns Quellen sind. 17. β) Geschichte der Gesetze über den Procefs. 18. γ) Literärgeschichte und Literatur. 19. δ) Kenntnifs des besonderen Processes. 20. Hülfsmittel für den Praktiker. a) Sprachkenntnisse. 21. b) Actenlesen und Formularbücher. 22. c) eigene Uebung.

Drittes Kapitel.

Von der Methode den Procefs zu lehren.

§. 23. Präliminarlehre von den Subjecten und den Objecten der Verhandlung. 24. Nothwendigkeit einer vollständigen Anleitung zu processualischen Arbeiten. 25. Nothwendigkeit eines generellen Theils in einem Lehrbuche des Processes. 26. Verschiedenheit des Lehrvortrags in dem allgemeinen und dem besonderen Theile.

ERSTES

ERSTES BUCH.

Präliminarlehre von den Subjecten und Objecten bey der Verhandlung eines Rechtsstreites.

ERSTE ABTHEILUNG.

Von den Subjecten, oder den Personen, welche bey der Verhandlung eines Rechtsstreites vorkommen.

ERSTES KAPITEL.

Von den Gerichten.

ERSTER TITEL.

Von den Gerichtspersonen und den nothwendigen allgemeinen Eigenschaften derselben.

§. 27. Gericht. Gerichtspersonen. Richter. Subalternen. 28. Collegien. 29. Unfähige und verdächtige Richter. 30. Gründe der Unfähigkeit. 31. Verdachtsgründe. 32. Verwerfung des verdächtigen Richters. 33. Oeffentlicher Glauben der Gerichtspersonen.

* *

Zweyter Titel.

Von der Zuständigkeit des Gerichts und den Instanzen.

§. 34. Zuständigkeit. Gerichtsstand. 35. Von der Unterordnung der Gerichte unter einander und den Instanzen. 36. Eintheilungen des Gerichtsstandes:

A) Arten der gesetzlichen Gerichtsstände.

I) Ordentliche.

A) Nichtbefreite.

1) Der allgemeine (des Wohnorts und Geburtorts) 37.

2) Die besonderen.

a) Der gelegenen Sache. 38.
b) Des Centracts. 39.
c) Der geführten Verwaltung. 40.
d) Des Arrestes. 41.
e) Wegen des aus der genauen Verbindung der Sachen entstehenden Zusammenhangs.
f) Wegen Reconvention. 42.

B) Befreite.

1) In Ansehung der Personen. 43.

2) In Ansehung ganzer Klassen von Sachen. 44.

II) Ausserordentliche.

a) Der mitleidswürdigen Personen. 45.
b) Im Falle der Identität der Sachen. 46.
c) In Fällen der verzögerten und verweigerten Justiz. 47.
d) Wenn mehrere Unterrichter über die Zuständigkeit uneinig sind. 48.

B) Gewillkührte Gerichtsstände. 49. 50.

§. 51. Regeln zur Bestimmung der Rangordnung der einzelnen Gerichtsstände. 52. Fortsetzung. Concurrenz der Gerichtsstände. Prävention. 53 a. Rechtshängigkeit. 53 b. Verbindlichkeit der Gerichte zur Rechtshülfe.

Zweytes Kapitel.

Von den streitenden Theilen.

§. 54. Einleitung. 55. Parthieen. Allgemeine Bemerkungen über dieselben. 56. Fortsetzung. Legitimation zur Sache. 57. Kläger. Beklagter. Litisconsorten. Intervenienten. Litisdenunciaten. Adcitaten. 58 a. Rechte und Verbindlichkeiten der Parthieen im Allgemeinen. Proceſskosten. 58 b. Vom Armenrechte. 59. Nebenpersonen. 1.) Procuratoren. Syndiken. 60. Fortsetzung. Wer kann einen Procurator bestellen? Wer kann den Auftrag annehmen? 61. Fortsetzung. In welchen Fällen kann und in welchen muſs ein Procurator bestellt werden? 62. Fortsetzung. Legitimation zu dem Processe. Präsumtive Sachwalter. 63. Fortsetzung. Allgemeine und besondere Vollmacht. 64. Fortsetzung. Mehrere Anwälte. Eigenthum des Rechtsstreites. 65. Fortsetzung. Ende der Procuratur. 66. 2) Rechtliche Beystände. Advocaten. 67. Fortsetzung. Allgemeine Verbindlichkeiten der Advocaten. 68. Fortsetzung. Honorarium der Advocaten. 69. Anhang.

Von dem gesetzlichen Vorbeugungsmittel gegen die Chikanen der streitenden Theile überhaupt. Eid für Gefährde.

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von den Objecten der Verhandlung.

§. 70. Wichtigkeit einer genauen Betrachtung derselben. 71. Ueber welche Gegenstände kann nicht nach den hier abzuhandelnden processualischen Regeln verhandelt werden? 72. Verschiedene Art des Verfahrens, nach der Verschiedenheit des Gegenstandes desselben. 73. Ordnung des Verfahrens bey Concurrenzen.

ZWEYTES BUCH.

Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses selbst.

ERSTER THEIL.

Von der Ordnung und der Einrichtung des Verfahrens im Allgemeinen (d. h. in so ferne von den Eigenthümlichkeiten einer bestimmten Procefsart abgesehen wird.)

ERSTE ABTHEILUNG.

Von den Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens und ihrer nothwendigen Verbindung im Allgemeinen.

§. 74. Wesentliche Stücke jedes gerichtlichen Verfahrens und Ordnung derselben. 75. Bedingt wesentliche Stücke der Verhandlung 76. Formalitäten. Hierauf gegründete Eintheilung des Processes 1.) in den gesetzlichen und gewillkührten. 77. 2) in den ordentlichen und aufserordentlichen Procefs. 78. Nähere Betrachtung der Bestandtheile der Verhandlung, vorzüglich des Vorbringens der Parthieen. Zwang zur Rechtsvertheidigung. Grund der Termine und des Contumacialverfahrens. 79. Von der richterlichen Prüfung. Gegenstand derselben. Klage. Schutzreden des Beklagten 80 a. Fortsetzung. Von dem Beweise. 80 b. Beweismittel. Nothwendiger Unterschied unter den Beweismitteln. Beweisführung. 81 a. Theorie der Vermuthungen. Lehre von der richterlichen Bestimmung der Beweisobliegenheit. 81 b. Wem liegt der Beweis ob? 82 a. Eingeständnifs befreyt von der Nothwendigkeit der Beweisführung. Beweiskraft des Eingeständnisses für den Richter. Grund der Eintheilung des Verfahrens in das präparatorische und förmliche Beweisverfahren. 82 b. In wie ferne bedürfen notorische Thatsachen eines Beweises? 83. Vollständiger, unvollständiger, halber mehr und weniger als halber Beweis. Künstlicher natürlicher Beweis. 84. Mittel zur Beweisführung. a) Von dem Augenschein und b) dem Gutachten der Kunstverständigen. 85. c) Von den Zeugenaussagen. 86. Fortsetzung. Unglaubwürdigkeit der Zeugen. Verdachtsgründe. 87. Fortsetzung. Vollständiger, unvollständiger Zeugenbeweis. 88. d) Von den Urkunden. 89. Fortsetzung. Von öffentlichen und Privaturkunden. Von dem Beweise der Authenticität der Urkunden. 90. e)

Eide. Freywillige, nothwendige. 91. 92. Freywilliger Eid. Natur desselben als Beweismittels. 93. Nothwendige Eide. Erfüllungs - Reinigungs-Eid. 94. Verschiedene Benennungen des zugeschobenen und nothwendigen Eides. 95. Folgen des Eides. 96. Von den Gegenbeweisen. 97. Beweis der Einreden. 98. Richterliche Verfügungen. Sentenzen. Bloſse Decrete. 99. Nähere Bestimmung des Begriffs der Sentenzen. Rechtskraft derselben. 100. Nähere Betrachtung der bloſsen Decrete. Bloſse Beschwerden gegen den Richter. 101 a. Rechtsmittel gegen Sentenzen. Beschwerdeführungen gegen den Richter. 101 b. Eintheilungen der Rechtsmittel.

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von der nothwendigen Einrichtung der processualischen Handlungen.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Regeln zur Verfertigung *aller* processualischen Arbeiten.

§. 102. Einleitung 103. Von der Vorbereitung (Instruction aller processualischen Arbeiten, 1.) von dem Bemühen, sich eine deutliche Vorstellung von dem Zwecke der Arbeit zu verschaffen. 104. 2.) Von dem Sammeln der Materialien. Beyläufig von Excerpten. 105. 3.) Von der Entwerfung eines Planes 106. Von der Einrichtung der instruirten Arbeit selbst. 107. 1.) Von der inneren Form processualischer Arbeiten. 108. Fortsetzung a) Richtigkeit und Reinheit der Sprache. 109. b) Angemessenheit und Ungezwungenheit des Ausdrucks und der Darstellung. 110. c.) Kürze und Würde. 111. Von den nothwendigen Curialien oder dem Kanzleyceremoniell. 112. 2. Von der äuſseren Form processualischer Arbeiten.

Zweytes Kapitel.

Bestimmtere Regeln zur Einrichtung processualischer Arbeiten, nach ihren Hauptclassen.

Erster Titel.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Parthieen und ihrer Beystände.

§. 113. Einleitung. Alle Vorträge der Parthieen sind Deductionen. 114. Von den Vorarbeiten zur Deduction. 115. Bestandtheile der Deduction selbst. 116. Geschichtserzählung. 117. Eigentliche Ausführung. 118. Beschluſs der Deduction. 119. Von den Beylagen. 120. Von der äuſseren Form der Deductionsschrift. 121. Vom Recessiren.

Zweyter Titel.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Gerichte.

ERSTER ABSCHNITT.

Von der Art und Weise des Verfahrens des Richters.

Erster Absatz.

Allgemeine Darstellung der Richtungen der Thätigkeit des Richters bey einem Rechtsstreite.

§. 122. Einleitung. 123. I. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters vor dem Anfange der Verhandlungen. 124. Fortsetzung. Von dem Versuche der Güte. 125. II. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters während des Laufs der Verhandlungen. Unterschied zwischen der positiven und negativen Thätigkeit. 126. Fortsetzung. Ladungen. Auflagen. Termine. 127 a. Fortsetzung. Dilatorische, peremtorische Termine. Fatalien. 127 b. Fortsetzung. Erstreckung der Termine. 128. Fortsetzung. Insinuation. Requisitorialschreiben. 129. Fortsetzung. Oeffentliche Ladungen. 130. Verfahren gegen ungehorsame Parthieen. 131. Ungehorsamsanklage. Reinigung von Ungehorsam. 132. Von der Thätigkeit des Richters bey den Beweisführungen. 133. Vernehmung der Zeugen. 134. Beweisrotulus. 135. III. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters nach geendigten Verhandlungen der Parthieen. 136. Fortsetzung. Vollstreckung des Urtheils. 137. Anhang von Commissionen.

Zweyter Absatz.

Besondere Regeln für die Entwerfung richterlicher Verfügungen, die beste Art richterlicher Vorträge und die Abfassung der Berichte.

§. 138. Einleitung. 139. Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen. 140. Insbesondere von den Urtheilen. 141. Fortsetzung. 142. Von Relationen und Berichten. 143. A.) Von Relationen. Bestandtheile und Haupteigenschaften derselben. 144. I. Von dem historischen Theile der Relation. Nähere Bestandtheile desselben. 145. a) Eigentliche Geschichtserzählung. 146. b) Pro-

cefsgeschichte. 147. c) Actenextract. 148. II. Von dem dogmatischen Theile. 149. Fortsetzung. Entscheidungs- und Zweifelsgründe. 150. Hülfsmittel zur Verfertigung guter Relationen. Vom zweckgemäfsen Lesen der Acten. 151. Fortsetzung. Von Privatextracten. 152. Fortsetzung. Von der Separationsmethode. 153. Aeufsere Form der Relationen. 154. B.) Von Berichten.

ZWEYTER ABSCHNITT.

Von der Art und Weise des Verfahrens der übrigen Gerichtspersonen.

§. 155. Arbeiten der Subalternen. 156. Von gerichtlichen Protocollen.

DRITTE ABTHEILUNG.

Von einigen besonderen aufserordentlichen processualischen Handlungen, welche auf keine bestimmte Procefsart eingeschränkt sind, und in keiner eine nothwendige Stelle in der Ordnung erhalten haben.

§. 157. Von Sicherheitsleistungen. 158. Von Interventionen. 159. Von Litisdenunciationen. 160. Von Adcitationen. 161. Von der Reassumtion des Processes. 162. Von der Wiederklage. 163. Von Actenversendungen. 164. Von dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse.

ZWEYTER THEIL.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den einzelnen gesetzlichen Proceſsarten.

ERSTE ABTHEILUNG.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in dem ordentlichen Processe.

ERSTER ABSCHNITT.

Von dem Verfahren bis zu der, durch das Beweisinterlocut begründeten förmlichen Beweisführung.

§. 165. Von dem Anbringen der Klage. 166. Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung von Klagschreiben. 167. Fortsetzung. Von Klagenhäufungen. 168. Fortsetzung. Clauseln, Verbesserung und Veränderung der Klage. 169. Richterliche Prüfung des Klaglibells und Verfügungen über dasselbe 170. Von der Antwort des Beklagten. a) Unterschied zwischen der Einlassung und den eigentlichen Einreden. 171. Fortsetzung. Verzögerliche Einreden und Wirkungen derselben. 172. Fortsetzung. Zerstörliche Einreden und Wirkungen desselben. 173. b) Von dem Vortrage der Antwort des Beklagten. 174. Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung dieser Antwort. 175. Verfahren, wenn der Beklagte nicht antwortet. 176. Richterliche Prüfung und Verfügung auf die Antwort des Beklagten. 177. Replik. 178 a. Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung dieser Arbeit. 178 b. Von den Positionen oder Satzstücken. 179. Verfahren, wenn der Kläger sich nicht über die Antwort des Beklag-

ten erklärt. 180. Richterliche Prüfung der Replik und Verfügung auf dieselbe. 181. Duplik. 182. Verfahren, wenn der Beklagte bey der Duplik ungehorsam ist. 183. Richterliche Prüfung der Duplik und Verfügung auf dieselbe. 184. Von den Ausnahmen, in welchen noch nach der Duplik Verhandlungen Statt finden. 185. Von dem Urtheile nach dem Schlusse des ersten Verfahrens. 186. Fortsetzung. Von dem Beweisinterlocute und der Bestimmung des Beweisthemas. 187. Fortsetzung. Weitere Regeln für die Abfassung der Beweisinterlocute.

ZWEYTER ABSCHNITT.

Von dem förmlichen Beweisverfahren bis zu Ende der ersten Instanz.

§. 188. Einleitung. Eintheilung des Beweisverfahrens in drey Theile. 1. Productionsverfahren. 2. Beweisausführung. 3. Hauptverfahren.

ERSTER UNTERABSCHNITT.

Von dem Productionsverfahren.

§. 189. Von der Beweisantretung. 190. Fortsetzung. Von den Beweisartickeln und Fragstücken. 191. Von der Veränderung des angetretenen Beweises. 192. Richterliche Prüfung der Beweisantretung und Verfügung auf dieselbe. 193. Verfahren über die Zulässigkeit der Beweismittel.

ZWEYTER UNTERABSCHNITT

Von der Ausführung der Beweise.

§. 194. I) Von der Ausführung der Beweise, bey welchen ein Productionstermin angesetzt wird. Zu welchem Theile des Beweisverfahrens gehört der Productionstermin? 195. Fortsetzung. Art und Weise der Beweisausführung. 196. Verfah-

ren, wenn beyde Parthieen, oder eine derselben in dem Productionstermine nicht erscheinen. 197. Verfahren, wenn die Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen. 198. Verfahren, wenn die Urkunden, weil sie in den Händen eines Dritten, oder verlohren sind, nicht vorgelegt werden können. 199. II. Von der Ausführung des Beweises durch Eideszuschiebung. 200. Verfahren, wenn die Parthieen bey dieser Beweisführung ungehorsam sind.

DRITTER UNTERABSCHNITT.

§. 201. Einleitung. 202. Von den vorbereitenden Handlungen zum Hauptverfahren. 203. Von den Disputirsätzen oder der Impugnations- und Salvationsschrift. 204. Von dem Beschlusse der Verhandlungen. 205. Von dem Endurtheile. Insbesondere von der Abfassung desselben bey einer Collision der Beweise. 206. Von der Abschwörung der nothwendigen Eide.

DRITTER ABSCHNITT.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz.

ERSTES KAPITEL.

Grundsätze über das Verfahren in zweyter Instanz aus der Natur der Rechtsmittel im Allgemeinen.

§. 207. Erste Handlung derjenigen Parthie welche ein Rechtsmittel gebrauchen will. Einwendung. Einführung. Rechtfertigung. Formalitäten hierbey. 208 a. Folgen des eingewendeten Rechtsmittels. 1) Suspensivkraft. 208 b. 2) Devolutivkraft. Attentaten. 209 a. Nähere Betrachtung der ersten Parthie-Handlungen. 1) Der Einwendung. Cumulation mehrerer Rechtsmitttel.

Collision derselben. 209 b. 2. Der Einführung und Rechtfertigung. 210 a. Richterliche Verfügungen auf die Einwendung und Rechtfertigung. 1) Bey bloſs suspensiven Rechtsmitteln. 210 b. 2) Bey devolutiven. 210 c. Verfügungen des Unterrichters bey suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln. 211. Folge der erkannten Processe. Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels. Adhäsionen. 212 a. Weiteres Verfahren in zweyter Instanz. 212 b. Beschluſs. Aufhebung der Rechtsmittel ohne Sentenz.

Zweytes Kapitel.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz nach Verschiedenheit der ergriffenen Rechtsmittel.

I. Rechtsmittel der Appellation.
§. 213. Wann und in wie ferne die Appellation Statt finde? 214. Wirkungen der Appellation. 215. Verfahren in der Appellationsinstanz.

II. Rechtsmittel der Revision.
§. 216. Von der Revision, als subsidiarischem ordentlichen Rechtsmittel. 217. Von dem nicht subsidiarischen Rechtsmittel der Revision. (Supplication, Läuterung etc.)

III. Rechtsmittel der unheilbaren Nichtigkeitsklage.
§. 218. 219.

IV. Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. §. 220.

Zweyte Abtheilung.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den ausserordentlichen Proceſsarten.

Einleitung. §. 221 — 224. Bestimmung der Fälle, in welchen ein summarisches Verfahren Statt findet. 225. In wie ferne kann die Willkühr der Parthieen auf die Beantwortung der Frage: ob ein summarisches Verfahren eintreten solle, Einfluſs haben? 226. Besondere summarische Verfahrungsarten.

Erstes Kapitel.

Von der summarischen Verfahrungsart im Allgemeinen.

§. 227. Allgemeine Regeln für das summarische Verfahren. 228. Besondere Regeln a) in Ansehung der Verhandlungen vor dem Beweisverfahren. 229. b) In Ansehung des Beweisverfahrens. 230. c) In Ansehung des Verfahrens nach geführtem Beweise.

Zweytes Kapitel.

Besondere summarische Verfahrungsarten.

A. Von dem Verfahren, in Fällen, in welchen sogleich auf das Anbringen des Imploranten eine demselben gemäſse endliche Verfügung bedingt oder unbedingt, erlassen werden darf. — *Mandatsproceſs.*

§. 231. Begriff der Mandate und Eintheilungen derselben nach der Verschiedenheit ihres Innhaltes. 232. Rechtfertigungsgründe der Mandate. Mandate mit und ohne Clausel. 233. Processualisches Verfahren bey den unbedingten Mandaten. 234. Fortsetzung. 235. Verfahrungsart bey den bedingten Mandaten. 236. Anhang von Ordinationen.

B. Von dem Verfahren in Fällen, in welchen noch ehe die Sache zu einer endlichen Entscheidung reif ist, dennoch durch einstweilige oder provisorische

Verfügungen gegen eine Parthie vorgeschritten werden kann. Insbesondere von Verfügungen in Streitigkeiten über den jüngsten Besitz und Arrestverfügungen.

§. 237. Rechtfertigungsgründe aller interimistischen und provisorischen Verfügungen. 238. Anwendung hiervon a) auf das Verfahren bey Streitigkeiten über den jüngsten Besitz. 239. b) Auf Arrestverfügungen und Sequestrationen. 240. Fortsetzung. Von dem Arrestgesuche und der Verfügung des Richters auf dasselbe. 241. Fortsetzung. Von dem weiteren Verfahren nach erlassener Arrestverfügung.

C. Von dem Verfahren in Fällen, in welchen der sogenannte Executivprocefs eintritt.

§. 242. Rechtfertigungsgrund des Executivprocesses. 243. Grundsätze auf welchen das executivische Verfahren beruht. 244. Von dem Wechselprocesse. 245. Verfahren über procefshindernde Einreden.

Anhang. Von dem Concursprocesse.

Einleitung. §. 246. Begriff des Concursprocesses. 247. Allgemeinste Folgen aus diesem Begriffe. Von der Gemeinschaft der Gläubiger. Von dem zuständigen Gerichtsstande und der Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besonderen. 248. Nöthige Vorsicht des Richters bey Veranlassungen zum Concurse. 1) Präliminaruntersuchungen vor dem wirklichen Anfange des Concursprocesses. 249. 2) Versuch der Güte. Nachlafsverträge. Moratorische Verträge. 250. Uebergang zum wirklichen Concursprocefs. — Von dem Verfahren nach eröffnetem Concursprocesse selbst. 251. Einrichtung dieser Abhandlung.

I. Von der Ausmittelung und Verwaltung der Concursmasse.

§. 252. Nothwendigkeit einer besonderen Rücksicht auf die Gröſse und Beschaffenheit des Vermögens des Schuldners zur Bestimmung der für den angegebenen Zweck nothwendigen Handlungen. 253. Von der Versiegelung des Vermögens des Schuldners. 254. Von der Bestellung eines Verwalters der Masse. 255. Von der Berichtigung der Concursmasse. 256. Von der Veräusserung des, nicht in baarem Gelde bestehenden Vermögens des Schuldners.

II. Von der Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger.

§. 257. Von der Ladung der Gläubiger. 258. Von der Bestellung des Contradictors. 259. Von dem Liquidationstermine und der Liquidation der Forderungen. 260. Von dem Prioritätsverfahren.

III. Von dem entscheidenden richterlichen Urtheile und der Vollstreckung desselben.

§. 261. Von dem Locationsurtheile. 262. Von der Erleichterung der Arbeit des Richters durch eine zweckgemäſse Anordnung der Acten. 263. Von dem Distributionsbescheide und der Beendigung des Concursprocesses.

EIN-

EINLEITUNG.

ERSTES KAPITEL.

Von dem Begriffe des gemeinen deutschen Civilprocesses und der Theorie desselben.

§. 1.

Nothwendigkeit des Richteramts.

Das wichtige Resultat, auf welches uns eine *gründliche* Untersuchung über die nothwendigen Bedingungen, den Rechtsbegriff in der Wirklichkeit zu realisiren, führen mufs, ist, wie jede philosophisch behandelte Rechtslehre zeigt, dieses: *Es giebt keinen realisirten rechtlichen Zustand zwischen Menschen und Menschen, als im Staate, es giebt keinen Staat ohne positive Gesetze, und ohne dafs, mit Verzichtleistung auf das Recht des eignen*

Gerichts, ein öffentliches Richteramt constituirt würde.

§. 2.

Begriff des Processes im Allgemeinen und der Theorie desselben.

Der *Richter* soll den über bestimmte Rechtsansprüche zwischen zwey Parthieen entstandenen Streit *entscheiden*, d. h. bestimmen, auf wessen Seite das, durch die *Gesetze* bestimmte, in dem Staate anzuerkennende und geltend zu machende *Recht* seye. Zu dieser Entscheidung führt ihn die Vergleichung der Merkmale des concreten Falls mit den Merkmalen der, in den Gesetzen unterstellten Fälle. Zur Möglichkeit dieser Vergleichung ist Kenntniſs der *wahren* Merkmale der gesetzlichen Fälle und des concreten Falls erforderlich. *Jene* lehrt ihn seine positive Rechtswissenschaft, *diese* hingegen der *Vortrag* und die *Beweise* der Parthieen erkennen.

Es folgt aus dem Gesagten, daſs mit der Constituirung eines bürgerlichen Gerichtshofes eine Verhandlung der Streitsachen der Bürger vor diesem Gerichtshofe nothwendig seye. Da diese Verhandlung einen bestimmten Zweck hat, so müssen sich über die Ordnung sowohl,

in welcher die einzelnen erforderlichen Handlungen vorgenommen werden müssen, als auch über die Art und Weise, wie dieselben einzurichten sind, bestimmte Regeln, aus dem Begriffe der Zweckgemäſsheit, ableiten lassen.

Die Verhandlung eines Rechtsstreites, (a) welche zu einer gerichtlichen Eutscheidung desselben nothwendig ist, heiſst das *gerichtliche Verfahren* oder (das *procedere*) *der Proceſs.* (b)

(a) *Die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die streitige und willkührliche (welche sich zwar, genau genommen, nicht vertheidigen läſst, [vergl. Krüll Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts. Landshut* 1802. 8 *Abh. I.*] *wird hier als bekannt vorausgesetzt. Auch bey Handlungen der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit ist ein bestimmtes Verfahren (Proceſs) nothwendig;* *) *allein in diesem Lehrbuche soll nur der Proceſs in Streitsachen, welcher auch vorzugsweise den Namen Proceſs führt, abgehandelt werden.*

*) *Hierüber ist mit Nutzen zu gebrauchen die (Trützschlersche) Anweisung zur vorsichtigen u. förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit.* 2 *Theile* 4*te Aufl.* 1801. 8.

(b) *Einen Proceſs haben. Proceſse extrahiren. Proceſse erkennen. Proceſse abschlagen. Aus der*

Die Lehre von der Ordnung dieses Verfahrens und der Art und Weise einer zweckgemäſsen Einrichtung desselben ist die *Theorie des Processes.*

§. 3.

Proceſsordnungen.

Da der Staat sich nicht auf den guten Willen der Richter verlassen *darf*, da er die Bürger gegen alle mögliche individuelle Willkühr der Richter zu schützen *verbunden ist*, da das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft einen festen, gleichförmigen, und, so viel es möglich ist, schleunigen Gang der Juſtiz unumgänglich erfordert; so ist die Bestimmung der Ordnung und der Art und Weise des gerichtlichen Verfahrens ein sehr wichtiger Gegenstand der *öffentlichen* Gesetze; und es läſst sich, besonders aus dem letzten Grunde, ohne Schwierigkeit erweisen, daſs viele, zur guten Einrichtung des gerichtlichen Verfahrens wesentliche Punkte nicht wohl anders, als durch *positive* Gesetze (*Proceſsordnungen*) bestimmt werden können.

angeführten eigentlichen Bedeutung des Worts wird man wohl ohne Mühe einsehen, wie diese und dergleichen abusive Bedeutungen desselben entstehen konnten.

Die Darstellung des Geistes der Gesetze eines bestimmten Staates über das gerichtliche Verfahren würde uns eine Theorie des in diesem Staate nothwendigen Processes liefern.

§. 4.

Die Theorie des Gerichtsstyls ist ein nothwendiger Theil der Theorie des Processes.

In so ferne, als eine solche Darstellung des Processes zugleich mit der Ordnung der vorzunehmenden Handlungen auch die Lehre von der Art und Weise der zweck- und gesetzgemäſsen Einrichtung jeder einzelnen derselben verbinden muſs; kann sie sich nicht darauf beschränken, nur den Inhalt jeder einzelnen gerichtlichen Handlung anzugeben, sondern auch die Form derselben, und zwar sowohl die *innere*, (*wesentliche*,) als auch die *äussere* (*zufällige*), ist ein wichtiger Gegenstand, auf welchen sie sich erstrecken muſs, wenn sie nicht mit Recht den Vorwurf der Unvollständigkeit verdienen soll. Diese *Form* der Geschäfte ist es, welche man unter dem Namen des *Gerichtsstyls* begreift, der eine Gattung des *Canzley* - oder *Curialstyls* ist. (a)

(a) *D. J. N. Bischoff Handbuch der deutschen Canzleypraxis Th.* 1. §. 6—12.

§. 5.

Die Theorie des Processes lehrt die Kunst, Acten zu verfertigen, und mit denselben geschickt umzugehen.

Eine Sammlung schriftlicher Aufsätze über einen bestimmten, vor Gericht verhandelten Gegenstand nennt man *gerichtliche Acten;* jeden einzelnen dieser Aufsätze ein *Actenstück. In so ferne* kann man, mit Nettelbladt (b), allerdings sagen, daſs in der Theorie des Processes die Theorie zu *der Kunst, Acten zu verfertigen und mit denselben geschickt umzugehen*, vorgetragen werde.

§. 6.

Verhältniſs des Processes zu der praktishen Rechtsgelehrsamkeit überhaupt.

So gewiſs es auch ist, daſs alle *Theorie* für die Anwendung, mithin *praktisch* sey, so läſst sich demohngeachtet die Eintheilung der Rechtsgelehrsamkeit in die *theoretische* und *praktische* allenfalls vertheidigen, da neben der *anzuwendenden* Theorie immer noch eine Theorie *von der Anwendung* jener gedacht werden muſs. In so ferne nun ist die *Theorie des*

(b) *Von der prakt. Rechtsgel. deren Theilen etc.* §. 8.

Processes in Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit allerdings ein Theil, obgleich, wie aus dem Begriffe erhellt, nur ein kleiner Theil der *praktischen Rechtsgelehrsamkeit.* Von ihr ist die *Praxis* unterschieden, so wie sich die *Kunst* von der *Theorie der Kunst* unterscheidet. Durch die praktische Rechtsgelehrsamkeit allein wird der Jurist noch nicht ein guter *Praktiker*, denn alle Kunst erfordert *Uebung* (Routine); allein ohne sie kann man wohl *Empiriker* (ein Mensch der *blofs* Routine hat); aber unmöglich ein *guter Praktiker* werden.

§. 7.

Deutscher gemeiner und besonderer Procefs.

Nach Deutschlands eigenthümlicher Verfassung läfst sich keine völlige Uebereinstimmung in dem Verfahren der in den einzelnen deutschen Landen niedergesetzten Gerichte erwarten, selbst nicht in Ansehung der Gerichte eines und desselben Landes, da der Gerichtsstyl, wie weiter unten erhellen wird, sich zum Theile durch die ausdrückliche, oder stillschweigende Uebereinkunft der einzelnen Gerichte bildet. Dagegen aber erfordert es eben diese Verfassung Deutschlands, als *eines* Staates, dafs sich allgemeine, bis zum Beweise einer Ausnahme, durch ganz

Deutschland und bey jedem Gerichte Deutschlands geltende Regeln für das gerichtliche Verfahren müssen aufstellen lassen, wodurch denn eine Theorie des *gemeinen deutschen*, oder *Reichs-Processes* gebildet wird. Von diesem unterscheidet sich der *besondere deutsche Procefs*, in welchem die durch Landesgesetze und Ordnungen oder Observanzen der einzelnen Gerichte begründeten Eigenthümlichkeiten dargestellt werden, und von welchem selbst der *Reichsgerichtsprocefs* nur eine Unterart ist. Nur mit dem gemeinen deutschen Processe beschäftigt sich dieses Lehrbuch.

§. 8.

Civil- und Criminalprocefs.

Der Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens in Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit ist entweder eine Civil- oder eine Criminal-Sache, je nachdem die streitige Frage entweder die Herstellung der Integrität des Rechtsgebietes (des Mein und Dein) der Bürger, oder die Verhütung künftiger Rechtsverletzungen durch Strafe betrifft. Hieraus wird der Unterschied zwischen *Criminal-* und *Civil-Procefs* begründet, welcher letztere ausfchliefsend der Gegenstand dieses Lehrbuchs ist.

ZWEYTES KAPITEL.

Von den Quellen und Hülfsmitteln des gemeinen deutschen Civilprocesses.

§. 9.

Quellen. Begriff derselben und Eintheilungen.

Quelle ist dasjenige, woraus eine Lehre geschöpft werden mufs. Zuletzt ist es natürlich immer der Wille des Gesetzgebers (also das Gesetz), aus welchem die Verbindlichkeit, bestimmte Regeln zu beobachten, fliefst; allein es ist nicht nothwendig, dafs jede Lehre gerade *unmittelbar* aus dem Gesetze geschöpft werde, sondern es genügt, wenn nur das Gesetz andere Quellen, aus welchen Bestimmungen abgeleitet werden können, als Quellen erkennt. Wir theilen daher die Quellen in *unmittelbar* und *mittelbar gesetzliche* ein.

§. 10.

Unmittelbar gesetzliche Quellen.

Zu den ersteren gehören I.) die deutschen über processualische Gegenstände verfügenden *Reichsgesetze* (a), unter welchen vorzüglich der jüngste Reichsabschied (1654) wichtig ist. II.) Die in Deutschland aufgenommenen Hülfsgesetze a) die *canonische*, b) die *römisch Justinianeische* Gesetzesammlung, von welchen die erstere *in der Regel* der letzteren vorgeht, beyde aber nur dann Anwendung finden können, wenn sie nicht der deutschen Staats- oder Gerichtsverfassung zuwiderlaufende Verordnungen enthalten. (b)

§. 11.

Mittelbar gesetzliche Quellen. a) die Natur der Sache.

Unter den mittelbar gesetzlichen Quellen verdient eine Hauptstelle *die Natur der Sache*, d. h. hier: die aus dem Wesen, und dem Zwecke eines Instituts abzuleitenden Regeln; denn wo

(a) *Ueber die nothwendige Vorsicht bey dem Gebrauche dieser Quelle vergl.* Gönner *Erörterungen über den gemeinen Proceſs. 1. B. n. II.*

(b) Glück *Erl. der Pand. §. 77 ſqq. ibiq. citt.*

die Gesetze selbst nichts genauer bestimmen, da haben sie nothwendig mit dem Wesen eines, von ihnen gebilligten Instituts, alles das, was hieraus gefolgert werden muſs, stillschweigend gebilligt, und mit der Anerkennung eines bestimmten Zweckes einer Handlung oder Einrichtung, die Gültigkeit der, aus dem Begriffe der Zweckgemäſsheit abzuleitenden Regeln anerkannt. *)

§. 12.

b) Gerichtsobservanzen.

Die zweyte, für die Lehre des Processes besonders ergiebige, mittelbar gesetzliche Quelle sind die sogenannten *Gerichtsobservanzen*, d. h. auf Uebereinkunft der Gerichte gegründete Bestimmungen über die Einrichtung gerichtlicher Geschäfte. Die Gesetze haben für die Bildung solcher Observanzen, zumal in so fern es die Form der Geschäfte betrift, einen ziemlich weiten Boden gelassen, indem es den Gesetzgeber gewöhnlich nicht so sehr interessirt, *wie* etwas geschieht, wenn es nur gleichförmig, und nicht auf eine, den ausdrücklichen gesetzlichen Be-

*) *Nöthige Vorsicht bey dem Gebrauche dieser Quelle, um nicht das Nützliche und Räthliche mit dem rechtlich Nothwendigen zu verwechseln.*

stimmungen, oder dem Zwecke des Geschäfts widerstreitende Art geschieht (a). Es ist zwar nicht zu läugnen, daſs die Gerichtsobservanzen nur in dem historischen Sinne universelle seyn können, daſs sie mithin eigentlich auch nur als Quellen des besonderen Processes betrachtet werden können; indessen ist es doch auch bey Erörterung des gemeinen Processes theils nöthig, dem Praktiker anzuzeigen, wo und in wie ferne er auf die Gerichtsobservanzen Rücksicht zu nehmen habe, theils nützlich, durch Beyspiele von dem, was überall oder gewöhnlich solchen Observanzen gemäſs ist, wenigstens einige Anleitung zu geben, um die Lücken auszufüllen, welche sonst eine Theorie des *gemeinen* Processes nicht ausfüllen kann.

§. 13.

Hülfsmittel. Begriff derselben und Eintheilungen.

Unter *Hülfsmitteln* versteht man alles dasjenige, was den Weg zu einer innigen Vertrautheit mit den Quellen einer Wissenschaft zu gelangen, erleichtert, und die richtige und geschick-

(a) *Hieraus lassen sich leicht die Grenzen für die Gültigkeit dieser Observanzen ziehen, vergl. meine Abh. in d. Magaz. f. d. Phil. d. Rts. B. I. St.* 2. *Abh.* 5. *S.* 166.

te Anwendung der Lehren auf die vorkommenden Fälle befördert. Die Hülfsmittel der ersteren Art dienen dem *Theoretiker*, welches jeder Praktiker gleichfalls seyn soll, die der letzteren Art dienen blos dem *Praktiker.*

§. 14.

Hülfsmittel für die Theorie. a) Philologische.

Die Hülfsmittel, deren ein nach Gründlichkeit strebender Theoretiker nicht entbehren kann, sind, wie überhaupt bey der positiven Rechtswissenschaft, a) *philologische.* Dahin gehört: *α*) Kenntniſs der Sprachen, worin die Gesetze abgefaſst sind, *β*) Kenntniſs der besten und richtigsten Ausgaben der Gesetze, um sich in den Besitz der authentischen Worte und Lesearten setzen zu können.

§. 15.

b) Philosophische.

b) *Philosophische*, wohin Proceſsgesetzgebungswissenschaft (a) vorzüglich gerechnet werden muſs.

(a) *Für diese haben schätzbare Beyträge geliefert: E. A. F. Eggers philosophischer Abriſs von dem allgemeinen bürgerlichen Rechtsverfahren. Ein Versuch. Flensburg, Schleswig u. Leipzig* 1790. 8.

§. 16.

c) Historische α) Geschichte der Völker, deren Gesetze uns Quellen sind.

Historische. Dahin gehört *α*) Geschichte derjenigen Völker, deren Gesetze uns Quellen sind, ihrer Sitten, Verfassung, Gewohnheiten und vorzüglich ihrer Gerichtsverfassung (b); denn es ist klar, daſs nichts mehr das Eindringen in den Geist der Gesetze erleichtern kann, als eben solche historische Entwickelungen, in welchen der mit der Gesetzgebungswissenschaft Vertraute nothwendig die Gründe auch zu den kleinsten Modificationen der Gesetze entdecken muſs.

Chr. Ulr. Detl. v. Eggers Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Proceſs- und Gerichts-Ordnung. II Bände. Zürch 1799 u. 1800. gr. 8.

(b) *Hierzu ist mit Nutzen der Richtsteig Landrecht (im Senkenbergschen Corp. Jur. Germ.), das Gedicht Reinecke de Voſs (ed. von Gottsched 1752) verbunden mit Dreyer von dem Nutzen des trefflichen Gedichts R. d. V. in Erklärung der deutschen Rechtsalterthümer, insonderheit des Gerichtswesens — zu gebrauchen. Auch sind die alten Formularbücher und die Sammlungen von Urtheilssprüchen aus dem Mittelalter hier nicht unwichtig. Vergl. auch Biener Comment. de origine et progressu legum juriumque Germanicorum.*

§. 17.

β) *Geschichte der Gesetze über den Procefs.*

β) Geschichte der Gesetze über den Procefs (a), welche mit dem vorhergehenden Hülfsmittel genau zusammenhängt, und nur durch dasselbe eine *pragmatische* werden kann. Wie wichtig eine solche pragmatische Geschichte dem Freunde der positiven Rechtswissenschaft seye, darf hier als bekannt vorausgesetzt werden. Es versteht sich übrigens, dafs diese Geschichte auf alle Quellen ausgedehnt, mithin die Geschichte des Gerichtsstyls (b) nicht vernachläfsigt werden müsse.

(a) *Wir besitzen keine besondere Schrift, welche diesen Gegenstand behandelte, aber schätzbare Beyträge sind in* Heineccii *Elem. iur. Germ. L. III.* Hauschild *Gerichtsverfassung der Deutschen, wie solche vom 8ten bis zum vierzehnten Seculo üblich gewesen. Leipzig* 1741, *K. Ph.* Kopp *ausf. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den Hessen-Cass. Landen.* — Pufendorf *de iurisdictione Germanica, Lemg.* 1740. Malblanc *conspectus rei iudiciariae romano-german. Nor. et Alt.* 1797. §. 1—61. *enthalten, welche Schriften auch zu dem vorhergehenden* §. *gezogen zu werden verdienen.*

b) *Hierzu hat einen trefflichen Beytrag geliefert*

§. 18.

γ) *Literärgeschichte und Literatur.*

γ) Literärgeschichte, welche am schicklichsten mit der Geschichte der Gesetze verbunden wird. Von ihr macht die Proceſs-Literatur einen Theil aus (a).

§. 19.

Bischoff Handbuch der deutschen Canzleypraxis. Th. 1. Einl. Abschn. 2.

(a) *Es ist hier nicht der Ort, wo die Abschrift eines Theils der juristischen Bibliotheken Platz finden könnte, weil die Hülfswissenschaften hier nicht befriedigend abgehandelt werden dürfen; ich begnüge mich daher, nur einige der vorzüglichsten Schriften nahmhaft zu machen.*

Jac. Fr. Ludovici Einl. zum Civilproceſs, vermehrt und erläutert von Joh. Gerh. Schlitte. Halle 1750. 4.

Schaumburg Principia praxeos juridicae iudiciariae curante Reichardt etc. 1769.

Jac. Gottl. Sieber Versuch einer Anleitung z. gerichtl. Proceſs. Aufl. 2. Th. 1. Gött. 1775. 8.

Leop. Fried. Fredersdorf Anweisung für angehende Justitz-Beamte und Unterrichter. Lemgo 1772--74. 3. B. 4.

Dan. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit. Halle 1784. 8.

§. 19.

δ) Kenntniſs des besondern Processes.

Endlich δ) Kenntniſs des besondern deutschen Processes, vorzüglich des *Reichsgerichts-*

Gottl. Eus. Oeltzen Anl. zur gerichtlichen Praxis überhaupt, und insbesondere zu dem ordentl. Civilproceſs. Jena 1782. 8.

Just. Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceſs. 3te Aufl. Götting. 1795. 8.

Desselben Einleitung in sämmtliche summarische Proceſse. 3te Aufl. 1793. 8.

Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes. 2te Aufl. 1795. *3te Aufl.* 1800. 8.

Desselben Grundsätze der summarischen Processe. 2te Aufl. 1798. 8.

Aeuſserst schätzbare Berichtigungen zu diesen Danzischen Werken sind enthalten in N. Th. Gönners Erörterungen über den gemeinen Proceſs. Ein Zusatz zu den Grundsätzen des H. Prof. Danz. Bamberg 1799. 8.

Martin Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes 1800. 8. *(Ein sehr schätzbares Lehrbuch.)*

Biener Systema processus iudiciarii et communis et Saxonici. Lips. 1801. 8. *(Gehört auch zu dem folgenden* §. *als ein vorzüglich brauchbares Werk.)*

processes, nach welchem der besondere Landesproceſs sich sehr häufig gebildet hat, *) und des *sächsischen Processes*, welcher auf den Inhalt des J. R. A. so sichtbaren Einfluſs gehabt hat.

§. 20.

Hülfsmittel für die Praxis. a) Sprachkenntniſse.

Für den *Geschäftsmann* sind auſserdem noch unentbehrliche Hülfsmittel a) richtige gramma-

Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Processes 1801 *u.* 1802. 3 *Bände. (Ein Werk, welches in der Literärgeschichte des Processes Epoche macht.)*

Mit diesen Schriften sind zu verbinden:

J. St. Pütters Anleit. zur juristischen Praxis, 1. *Th.* 5*te Aufl. Gött.* 1789. *Th.* 2. 4*te Aufl.* 1789.

E. L. Mereau, Versuch einer Anleit. zu prakt. Arbeiten überhaupt. 2. *Th. Jena* 1792. *gr.* 8.

Joh. Nic. Bischoff Handbuch der deutschen Canzleypraxis, Th. 1. *Helmst.* 1793. *Th.* 2. *B.* 1. *daselbst* 1798. 8.

N. Th. Gönner Grundsätze der juristischen Praxis sowohl im Allgemeinen als in Anwendung auf jede Gattung juristischer Aufsätze. Bamberg 1797.

*) *Dieser ist gewissermaſsen selbst Quelle. J. R. A.* §. 137. *und Gönner in not. a. ad* §. 10. *alleg.*

ticalische Kenntniſse der deutschen Sprache, nebst der Fertigkeit, sich in derselben fehlerfrey und geschmackvoll auszudrücken, wozu fleiſsige Uebungen, verbunden mit der Lectüre guter deutscher Schriften, sehr vieles beytragen.

§. 21.

b) *Actenlesen und Formularbücher.*

b) Das Lesen gut geführter Acten (a) und zweckmäſsiger Formularen. (b) Man vergesse aber nicht, daſs diese Lectüre nur für den, wel-

(a) *Claproth, Sammlung verschiedner gerichtlichen vollständigen Acten zum Gebrauche praktischer Vorlesungen, Gött.* 1781. *Fol.* 1. *Nachtr.* 1782. 2*ter Nachtr.* 1791.

(b) *Das neuste Formularbuch ist von Heinrich Kuppermann, Versuch eines praktischen Handbuchs für Notarien, Sachwalter und Gerichtsactuarien etc. welches aber viel unnützes Zeug enthält. Zweckmäſsige Formulare sind auch in dem angeführten Oeltzenschen Werke enthalten, und in der vollständigen Erläuterung des gemeinen und Sächsischen Processes* 7. *B., einem Buche, welches oben* §. 18. *nicht angeführt zu werden verdiente, weil es nur Compilation ist.*

cher die oben bemerkten gründlichen theoretischen Kenntnifse besitzt und also mit prüfendem Auge lesen kann, von wahrem Nutzen seyn könne. *Schlendrianisten* sind keine guten *Geschäftsmänner.*

§. 22.

c) *Eigene Uebung.*

Insbesondere endlich c) zweckmäfsige Vorübungen auf oder aufser Academien, unter Anleitung eines Mannes, welcher selbst gründliche theoretische Kenntnisse und die Fertigkeit, dieselben auf alle vorkommenden Fälle richtig anzuwenden, befitzt, von dem man also erwarten kann, dafs er diejenigen, welche sich seiner Leitung überlassen, eben so weit davon entfernt halten werde, Verächter der nothwendigen Eigenheiten des Gerichtsstyls, als an einem unnützen Schlendrian klebende Federmaschinen zu werden.

DRITTES KAPITEL.

Von der Methode, den Procefs zu lehren.

§. 23.

Präliminarlehre von den Subjekten und dem Objekte der Verhandlung.

Keine *Verhandlung* eines Rechtsstreites ist denkbar, ohne *Verhandelnde* und ohne einen *Gegenstand der Verhandlung*. Da unsre Gesetze sowohl in Ansehung der Subjekte, als auch des Objekts der Verhandlung bestimmte Bedingungen festsetzen, unter welchen allein von jenen und über diese eine Verhandlung statt finden kann, so ist eine genauere Betrachtung dieser Bedingungen eine wichtige *Präliminarlehre* des Procefses, welche daher auch von allen Bearbeitern des Procefses als solche behandelt wird.

§. 24.

Vollständige Anleitung zu processualischen Arbeiten.

Die Lehre von der Verhandlung (dem Procefse) selbst zerfällt, nach dem obigen Begriffe,

ohne allen Zweifel in zwey Theile: in die *Lehre von der bey der Verhandlung zu beobachtenden Verfahrungsordnung*, und: *in die Lehre von der Einrichtung jeder einzelnen der, in jene Ordnung gehörenden Handlungen*, welche Theile am zweckmäſsigsten in der genauesten Verbindung vorgetragen werden können, so daſs man die Regeln für eine zweckmäſsige Einrichtung jeder Handlung immer an der Stelle angiebt, wo die Ordnung der Verfahrungsart gerade auf diese Handlung führet. Gewöhnlich indessen handelt man in den Lehrbüchern des Proceſses die letztere Lehre nur unvollständig und bis zu einer, aus unbekannten Gründen *willkührlich* gezogenen Grenze ab, wodurch denn nothwendig ein Misſtand entstehet, welcher bey einer, auf ihren Zweck berechneten Lehrmethode vermieden werden muſs.

§. 25.

Nothwendigkeit eines generellen Theils in einem Lehrbuche des Proceſses.

Wenn es hiernächst gewiſs ist, daſs, bey allen den Verschiedenheiten, welche durch die Natur der Gegenstände der Verhandlung für den bestimmten Gang derselben nothwendig gemacht werden können, und durch die von unsern Ge-

setzen gebilligten, (unten zu bestimmenden) verschiedenen Procefsarten nothwendig gemacht worden sind, es dennoch aus unsern Gesetzen und der Natur der Sache abzuleitende procefsualische Grundregeln gebe, welche in jeder Procefsart ihre Anwendung finden müfsen und deren Kenntnifs demnach vieles beytragen mufs, um die Natur der einzelnen verschiedenen Procefsarten ganz verstehen und richtig beurtheilen zu lernen; — wenn es gewifs ist, dafs sich allgemeine Regeln über die Einrichtung sowohl aller möglichen procefsualischen Handlungen, als auch jeder bestimmten Art dieser Handlungen müssen aufstellen lassen, durch deren Erörterung die Lehre von der Einrichtung jeder *einzelnen* Handlung nicht nur ungemein an Deutlichkeit gewinnen mufs, sondern auch alle unnöthige Wiederholungen vermieden werden können; wenn endlich es bestimmte *einzelne* Handlungen giebt, welche bey jeder Art des Procefses vorkommen können, aber in keinem Procefse gerade nothwendig an eine bestimmte Stelle geordnet werden müssen; so liegt wohl in diesen Momenten ein hinlänglicher Grund, um der Entwickelung der einzelnen Procefsarten einen allgemeinen Theil, zur Erörterung dieser angegebenen Puncte, vorauszuschicken.

§. 26.

Verschiedenheit des Lehrvortrags in dem allgemeinen und dem besonderen Theile.

Es bedarf indessen nur einer flüchtigen Betrachtung des wesentlichen Innhalts dieses allgemeinen Theils, um sich zu überzeugen, dafs die §. 24. augegebene Methode, nach welcher die Lehre von der Einrichtung der gerichtlichen Handlungen in unzertrennlicher Verbindung mit der von der Ordnung der Verfahrungsart vorgetragen werden soll, in diesem nicht befolgt werden könne. Diese Methode bleibt daher dem besonderen Theile eigen; der allgemeine hingegen zerfällt, nach den angegebenen Puncten (§. 25.) in drey Abtheilungen: 1) Von den Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens und der nothwendigen Verbindung derselben im Allgemeinen, 2) Von der nothwendigen Einrichtung der procefsualischen Handlungen im Allgemeinen, 3) Von den einzelnen procefsualischen Handlungen, welchen durch keine Procefsart eine bestimmte Stelle in der Verfahrungsordnung angewiesen werden kann.

ERSTES BUCH.

PRAELIMINARLEHRE VON DEN SUBJECTEN UND OBJECTEN BEY DER VERHANDLUNG EINES RECHTSSTREITES.

ERSTE ABTHEILUNG.

VON DEN SUBJECTEN, ODER DEN PERSONEN, WELCHE BEY DER VERHANDLUNG EINES RECHTSSTREITES VORKOMMEN.

ERSTES KAPITEL.

VON DEM GERICHTE.

ERSTER TITEL.

Von den Gerichtspersonen, und den nothwendigen allgemeinen Eigenschaften derselben.

§. 27.

Gericht. Gerichtspersonen. Richter. Subalternen.

Der Inbegriff derjenigen Personen, welche von der obersten Staatsgewalt zur Ausübung

der Gerichtsbarkeit (a) niedergesetzt sind, bildet das *Gericht:* Die das Gericht bildenden Individuen heiſsen *Gerichtspersonen.* Man kann diese schicklich in *Haupt-* und *Nebenpersonen* eintheilen, je nachdem ihr Daseyn entweder als wesentlich zur Verhandlung eines Rechtsstreites gedacht werden muſs, oder durch dasselbe nur die ordentliche und zweckmäſsige Führung des Processes erleichtert und befördert wird. Die *Hauptperson* bey dem Gerichte führt den Namen des *Richters*, denn der, durch die Verhandlung eines Rechtsstreites vor Gericht als wesentlich beabsichtete Zweck ist: daſs *gerichtet* d. h. nach Untersuchung der Sache entschieden werde. Der Richter ist es sonach, der die Untersuchung des Rechtsstreites leitet, dem die Beweise geführt werden, der den Willen des Gesetzes in dem gegebenen Falle erklärt, und für die Realisirung dieses Willens thätig ist. Er ist sonach die Seele des Gerichts. Alle Nebenpersonen des Gerichts können nur unter seiner Direction, und auf seinen Willen zur

(a) *Es bedarf, nach dem Vorhergehenden, keiner Erinnerung, daſs hier durchaus nur von der streitigen Gerichtsbarkeit in Civilfällen die Rede ist.*

Beförderung der Zwecke des Gerichts thätig seyn, weswegen diese auch mit Recht den Namen der *Subalternen* und *Bedienten* führen, je nachdem sie entweder zur Vorbereitung, Aufzeichnung, Ausfertigung der Geschäfte und Aufbewahrung der Acten, (wie *Secretarien*, *Protonotarien*, *Notarien*, *Actuarien*, *Canzelisten*, *Copisten*, *Registratoren etc.*) oder blos zur Aufwartung bey dem Gerichte und Ausrichtung der Befehle desselben durch körperliche Verrichtungen (wie *Thürhüter*, *Pedellen*, *Boten etc.*) gebraucht werden.

§. 28.

Collegien.

Ist der Richter eine moralische Person, so ist das Gericht ein (*Justiz*) *Collegium*, in welchem, unter dem Vorsitze eines *Directors* oder *Präsidenten*, die Geschäfte des Richters nach vorheriger gemeinschaftlicher Ueberlegung, und nach der Stimmenmehrheit gefaſsten Beschlüſsen, vorgenommen werden. *Gewöhnlich* sind nur die höheren und höchsten Gerichte in den deutschen Landen Collegien, und nur bey diesen pflegt man auch das ganze, oben (§. 27.) angegebene Personale der Subalternen und Be-

dienten anzutreffen, da hingegen die untersten Gerichte gewöhnlich nur aus dem Richter, einem oder einigen Secretarien oder Actuarien, und einem oder einigen Gerichtsdienern (Pedellen) bestehen. Es ist indessen wichtig, auf diesen Unterschied zwischen den Gerichten, ob sie ein Collegium bilden, oder nicht, Rücksicht zu nehmen; denn es ist natürlich, daſs die collegialische Verfassung wichtige Eigenheiten in Ansehung der Verhandlungsart begründen müſse (a).

§. 29.

Unfähige und verdächtige Richter.

Die nothwendigen allgemeinen Bedingungen, welche die Gesetze, in Ansehung dessen, welcher das Richteramt versehen will, erfordern, sind: I.) daſs er Recht sprechen *könne*, II.) daſs kein Wahrscheinlichkeitsgrund vorhanden sey, welcher zu der Vermuthung berechtigt, daſs er entweder überhaupt, oder doch in einer bestimmten Sache nicht Recht sprechen *wolle*. Derjenige Richter, welcher entweder überhaupt oder in einer bestimmten Sache nicht Recht sprechen *kann*, oder von dem zu vermu-

(a) *Manchmal ist der Richter zugleich der Actuarius, wiewohl dieses keine musterhafte Organisirung der Gerichte verräth.*

then ist, daſs er *überhaupt* nicht Recht sprechen *wolle*, ist ein *unfähiger* Richter, (judex inhabilis), und zwar entweder ein *durchaus* zum Richteramte (absolute), oder nur zum Richteramte *in einer besimmten Sache* (secundum quid) *unfähiger*; derjenige, von welchem nur zu vermuthen ist, daſs er in einer *bestimmten* Sache nicht Recht sprechen *wolle*, ist ein *verdächtiger* Richter (iudex suspectus.) Der *unfähige* Richter kann schlechterdings nicht als Richter betrachtet werden, und alles, was er dennoch als solcher unternimmt, ist, *in so ferne* er unfähig ist, null und nichtig; der *verdächtige* Richter hingegen kann Richter seyn und bleibt es, nur ist der gegen ihn streitende Verdacht ein Berechtigungsgrund für die Parthieen, sich denselben in Ansehung dieser bestimmten Sache zu verbitten.

§. 30.

Gründe der Unfähigkeit.

I.) Weil derjenige nicht Richter seyn darf, welcher nicht Recht sprechen *kann*, so erklären die Gesetze für unfähig, 1.) diejenigen, *welche keine Kenntniſs der Rechte und des Gangs des Proceſses haben* (a), welches indessen, da den, nach vorausgegangener Prüfung, angestellten

(a) *Nov.* 82. *pr.*

Richter der Staat für fähig zu dem Richteramte erklärt hat (a), heutzutage nur in Ansehung der Erbgerichtsbarkeit, (sobald nämlich von *der Ausübung* derselben geredet wird) von Gebrauch seyn dürfte. 2.) Diejenigen, *welche vermöge ihrer Jahre oder ihres Geschlechts nicht als selbstständig betrachtet werden können.* Deswegen fordern die Gesetze *ein Alter von 20 Jahren*, jedoch so, daſs es den Parthieen unverwehrt bleibt, sich auch einen 18jährigen Richter gefallen zu lassen, und es der obersten Staatsgewalt immerhin freystehet, auch den, welcher das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt hat, durch Uebertragung des Richteramts, für hinlänglich selbsständig zu erklären. (b) Aus demselben Grunde werden *Weiber* (c) für unfähig erklärt, denn das Weib ist in den Augen des Staates dem Manne ganz und ohne allen Vorbehalt unterworfen, es fehlt ihr demnach an der Freyheit und Unabhängigkeit, welche

(a) *Zu läugnen ist indessen nicht, daſs die Anstellung unfähiger Leute, da die deutschen Gerichte mit rechtserfahrnen Personen besetzt werden sollen, eine Beschwerde über den Misbrauch der Regierungsrechte veranlassen kann.*

(b) *l.* 29. *X. c.* 41, *Anders entscheidet XLII.* 1. *fr.* 57. *Vergl. auch hier obige not. a.*

(c) *V.* 1. *fr.* 12. §. 2.

zum Behufe der nothwendigen Verantwortlichkeit des Staatsbeamten vorausgesetzt wird. 3.) Diejenigen, *welche durch einen Mangel der Geisteskräfte außer Stand gesetzt werden, das Richteramt gehörig zu verwalten* (a), wie Wüthende, Wahnsinnige u. s. w. 4.) Diejenigen, *welche durch körperliche Gebrechen gehindert werden, die richterlichen Geschäfte zu versehen.* Dahin gehören Taube, Stumme (b), auch Blinde (c); jedoch wird man behaupten müssen, daß wenn der Richter *während* seines Amtes von dergleichen Gebrechen befallen wird, die von ihm in diesem Zustande vorgenommenen Geschäfte nur alsdann nichtig seyen, wenn zu denselben,

(a) *V.* 1. *fr.* 12. §. 2. *Wenn ein solcher Mensch lichte Zwischenräume hätte, so würde zwar das, was er zu einer solchen Zeit in einer bestimmten Sache gethan hätte, nicht nichtig seyn, ibid. fr.* 39. *pr. u. fr.* 46. *aber die Unfähigkeit, überhaupt Richter zu bleiben, muß demohnerachtet bey uns angenommen werden.*

(b) *V.* 1. *fr.* 12. §. 2.

(c) *Zwar sagt fr.* 6. *ibid. das Gegentheil, (wiewohl dieses Fragment nach Cod. VII.* 44. *Const.* 2. 3. *sein Entscheidendes verlieren möchte); allein wir haben auch keine iudices pedaneos mehr, und die Untauglichkeit eines solchen Gebrechlichen zu den richterlichen Geschäften überhaupt ist wohl unverkennbar.*

ihrer Natur nach, die Abwesenheit dieses Gebrechens gerade wesentlich erforderlich war. 5.) Diejenigen, *welche der Grund der Constituirung des Richteramts von demselben ausschliefst.* Aus diesem Grunde kann keiner in seiner eigenen Sache Richter seyn (a); denn es ist der Grund der Entstehung der Gerichte, dafs von jedem Individuum das Recht des eignen Gerichts nothwendig aufgegeben werden mufste. Natürlich ist aber diese Unfähigkeit nur auf diese bestimmte Sache eingeschränkt.

II. Weil derjenige nicht Richter seyn darf, von dem nicht zu vermuthen ist, dafs er *überhaupt* Recht sprechen *wolle*, so erklären endlich die Gesetze 1.) alle diejenigen für unfähig, *die sich durch ihre Handlungen den Verlust ihrer bürgerlichen Ehre und ihres guten Namens zugezogen haben.* (b) 2.) Diejenigen, *welche keiner der 3 Reichsreligionen zugethan sind,* (c) von wel-

(a) *V.* 1. *fr.* 17. *Cod. III.* 5. *Cons. un: Von einem solchen Richter ist freylich auch zu erwarten, dafs er nicht Recht sprechen wolle; allein dieser Grund würde ihn nur verdächtig machen.*

(b) *V.* 1. *fr.* 12. §. 2.

(c) *R. A.* 1555. §. 106. *I. P. O. a.* 7. §. 1. *R. A.* 1654. §. 23. *Manche Landesgesetze haben noch bestimmtere Bedingungen in Rücksicht der Religion und des Standes.*

welchen eben deswegen zu befürchten ist, daſs Religiousḩaſs auf ihre Urtheile Einfluſs haben könnte.

§. 31.

Verdachtsgründe.

Mit Recht stellt man, um die Fälle, in welchen der Richter als verdächtig betrachtet werden kann, zu umfassen, nach der Rechtsanalogie, die Regel auf: *daſs jeder Grund, aus welchem ein Zeuge als verdächtig aufgestellt werden könne, auch als ein hinlänglicher Verdachtsgrund gegen den Richter betrachtet werden müsse.* Diese Gründe lassen sich, wenn man von dem, was der Natur der Sache nach nur auf die Zeugen paſst, absieht, darauf zurückführen, *daſs entweder aus den Verhältnissen des Richters zu den Parthieen, oder aus andern Thatsachen, ein bestimmtes Interesse desselben zu einer ungleichen Justizverwaltung erhellen müsse.* Alle Beyspiele, in welchen die Gesetze (a) eine allgemeine Regel anschaulich zu machen suchen, passen unter diese angeführte.

(a) *I.* 29. *X. c.* 25. *II.* 1. *fr.* 10. *II.* 28. *X. c.* 36. *et* 41. §. 1. *etc.*

§. 52.

Verwerfung des verdächtigen Richters.

Es hängt, nach dem Obigen, von den Partheien ab, ob sie dem Richter, gegen welchen rechtliche Verdachtsgründe vorhanden sind, der aber darum noch keineswegs *unfähig* ist, nicht dennoch trauen wollen. Erklären sie dieses durch irgend eine concludente Handlung, so ist der vorhandene Verdacht kein Berechtigungsgrund mehr für sie, diesen Richter zu verwerfen. Eine solche concludente Handlung ist nun offenbar, wenn sie den Richter selbst zum Recht sprechen, durch Verhandlungen vor ihm, auffordern, — wenn der Kläger klagt, oder der Beklagte auf die Klage sich einläſst, vorausgesetzt, daſs damals schon der Verdachtsgrund vorhanden und ihnen bekannt war. (a) Wollen sie also den verdächtigen Richter *verwerfen*, so muſs der Kläger die Verdachtsgründe, bevor er klagt, durch eine Schrift zur Wissenschaft des *nächsten* Oberrichters, welcher hierüber allein zu entscheiden hat (b), bringen, womit auch die Klage allenfalls

(a) *I. 29. X. c. 25. II. 25. X. c. 4.*

(b) *arg. I. 14. c. 4. in 6to. Aus misverstandenen römischen Gesetzen (Cod. III. 1. const. 18.) macht*

zugleich überreicht werden kann; der Beklagte hingegen muſs vor der Einlassung sich des vorhandenen Verwerfungsgrundes, als einer den Gerichtsstand ablehnenden Einrede, bedienen, wodurch der verdächtige Richter auſser Stand gesetzt wird, bis zur Entscheidung über den Grund oder Ungrund des Verdachts durch den Oberrichter (a), in der Sache fortzufahren. Damit der Oberrichter hierüber entscheiden könne, muſs der angeführte Verdachtsgrund von der Parthie diesem sogleich bescheinigt werden, und nur in Ermangelung eines vollen Beweises ist das Anerbieten zur Ableistung des *Verwerfungseides* (juramenti perhorrescentiae) (b) so wie die wirkliche Ableistung desselben,

freylich eben dieses Cap. auch noch andere Verfügungen, welche aber sich nicht zu unserer Gerichtsverfassung schicken.

(a) *An diesen hat man sich entweder schon gewendet, in welchem Falle man die Bescheinigung hiervon der Einwendung der genannten Einrede beylegt, oder man muſs sich noch an denselben wenden, in welchem Falle der Unterrichter dann eine bestimmte Frist zu diesem Ende zu ertheilen pflegt.*

(b) *Nach der Auslegung des I. 3. c. 11. §. 1. in 6to.*

(welche aber, so wie jede Anführung eines Verwerfungsgrundes, an sich keine Beschimpfung für den verdächtigen Richter enthält) zulässig. Wird die Verwerfung für gegründet erklärt, so wird nun der Rechtsstreit vor Commissarien, welche der Oberrichter zu ernennen hat, und welche an die Stelle des verworfenen Richters treten, verhandelt. (a) Was übrigens von der Verwerfung des einzelnen Richters gilt, muſs auch von der Verwerfung eines ganzen Collegiums gelten, das aber freylich darum, weil

Mit Unrecht hat die Behauptung derer, welche den Verwerfungseid, auch wenn gar keine Ursache angeführt oder bescheinigt ist, für zulässig erklärt, viele Anhänger gefunden, (vergl. J. H. Boehmer J. E. Pr. T. I. L. II. T. II. §. 69. ſq.) wiewohl man freylich in diesem Punkte mit Recht nicht sehr strenge ist. Die Formel des Verwerfungseides ist: wie er nicht glaube, noch sich versehe, daſs N. N. ihm wider N. N. durchgehende und gleiche Gerechtigkeit handhaben werde.

(a) *Man behauptet zwar gewöhnlich, daſs der Oberrichter auch die Entscheidung der Sache selbst an sich ziehen könne; allein man würde hierdurch ohne Noth das Recht der ersten Instanz der Parthieen verletzen. vergl. Gönner a. a. O. n. IV.*

einzelne Mitglieder desselben mit Recht verworfen worden sind, noch nicht selbst verworfen ist. (a)

§. 33.

Oeffentlicher Glauben der Verhandlungen der Gerichtspersonen.

Von den übrigeu Gerichtspersonen ist nichts besonderes zu bemerken. Von ihrem Amte sind nur diejenigen ausgeschlossen, welche von allen öffentlichen Bedienungen ausgeschlossen sind, und die Eigenschaften, welche man bey ihnen voraussetzt, sind hauptsächlich: gutes Gedächtniſs und Liebe zur Ordnung und Pünktlichkeit. Dagegen verdient es hier bemerkt zu werden, daſs das, was die *beeidigten* (b) Gerichtspersonen von Amts wegen, als vor ihnen geschehen und von ihnen gethan, in Amtssachen bezeugen, vollen gerichtlichen Glauben habe (c), jedoch

(a) *II. 2. X. c. 10.* *Gönner a. a. O. n. III.* *Die Regeln zur Abfassung der Imploration an den Oberrichter, sind die allgemeinen, wovon unten.*

(b) *Denn die Gerichtspersonen müssen, wie alle Staatsdiener, bey der Uebernehmung des Amts vereidet werden.*

(c) *Cod. VII. 52. const. 6. Wenn es indessen nicht landesgesetzlich hergebracht ist, daſs der Richter, oder der Actuarius allein fidem protocolli hat, so wird zum öffentlichen Glauben die Ge-*

natürlich nur so lange, bis dieser Glauben durch einen *vollen* Beweis des Gegentheils aufgehoben werden kann. (a) Wegen der Möglichkeit eines *Irrthums* des Concipienten kann dieser Beweis gegen nicht durch Unterschrift genehmigte Protocolle selbst durch einen, dem Gegentheile zugeschobenen Eid hergestellt werden, aber keineswegs durch einen dem Actuar zugeschobenen, wenn man nicht muthwillig die Zahl der Meineide vermehren, und auf eine unrechtliche Art dem Actuar den nach den Gesetzen ihm gebührenden öffentlichen Glauben bezweifeln will. (b)

*genwart beyder erfordert, und in Ermangelung eines Actuars muſs der Richter zwey Zeugen zuziehen. II. 20. X. c. 28. II. 19. X. c. 11. Schaumburg pr. prax. iud. §. 13. not. ****) Leyser Sp. XXVII. m. 7. Sp. LXX. m. 6. 7. Sp. LXXI. Hofacker pr. iur. Rom. Germ. §. 4256. Wiewohl auch viele entgegengesetzter Meinung sind.*

(a) *II. 22. X. c. 10.*

(b) *Vergl. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle 1. Th. n. 11. und die daselbst angeführten. Diese gestatten jedoch auch in dem letzteren Falle die Eideszuschiebung. Dagegen ist zu vergl. Hofacker pr. iur. civ. rom. germ. §. 4256. Danz ord. Proceſs. §. 45. u. a. verwerfen alle Eideszuschiebung.*

ZWEYTER TITEL.

Von der Zuständigkeit des Gerichts und den Instanzen.

§. 34.

Zuständigkeit. Gerichtsstand.

Ausser den angeführten allgemeinen Bedingungen zur Verwaltung des Richteramts erfordern die Gesetze noch weiter, dass der Richter (das Gericht) in der Sache, welche von ihm entschieden werden soll, *zuständig* (competens) sey, d. h. dass ihm, vermöge der Natur und den Grenzen der ihm von der obersten Staatsgewalt verliehenen Gerichtsbarkeit, das Recht zustehe, in der bestimmten Sache, von welcher die Rede ist, nach geschehener Aufforderung des Klägers, den Beklagten vorzufordern, damit er sich seinem Rechtsspruche unterwerfe. Vor dem Gerichte, wo der Staatsbürger, wenn er belangt werden soll (a), zu erscheinen, und über sich

(a) *Es ist daher aus der Natur der Sache genommene Grundregel für die Beurtheilung der Zuständigkeit der Gerichte, dass nur nach dem zuständigen Gerichte des Beklagten gefragt wer-*

Recht sprechen zu lassen, verbunden ist, sagt man, habe dieser seinen *Gerichtsstand* (dies seye sein forum.) Mithin ist die Frage, welcher Richter der zuständige in der Sache sey? mit der, vor welchem Gerichte der zu belangende in dieser Sache seinen Gerichtsstand habe? eine und dieselbe.

§. 35.

Von der Unterordnung der Gerichte unter einander und den Instanzen.

Bevor man zu der Beantwortung der aufgestellten Frage übergeht, ist es nothwendig, zu bemerken, daſs man in Deutschsand, um, so viel es möglich ist, zu verhüten, daſs kein ungerechter Richterspruch geltend gemacht werden könne, es für nöthig gehalten habe, mehrmalige Erörterungen und Entscheidungen einer und derselben Streitsache zuzulassen. Der Inbegriff *der* Handlungen, welche zu *einer* solchen Erörterung und Entscheidung gehören, heiſst eine *Instanz*. Um die Unpartheilichkeit der Rechtssprüche zu befördern, hat man sich in Deutschland nicht damit begnügt, die Verhand-

den könne: vergl. Cod. III. 13. const. 2. 19. const. 3. II. 2. X. c. 8. Nur scheinbare Ausnahmen lassen sich gegen diese Regel anführen.

lung desselben Rechtssreites durch mehrere Instanzen bey demselben Gerichte zu erlauben, (welches unter gewissen, unten anzuzeigenden Bedingungen, allerdings geschehen kann,) sondern man hat, durch Unterordnung mehrerer Gerichte unter einander und Anlegung von Ober- und höchsten Gerichten, dafür gesorgt, daſs derselbe Rechtsstreit in dreyen (a) Instanzen, gewöhnlich *bey verschiedenen Gerichten*, verhandelt werden kann. (b)

(a) *Ueber das, vorzüglich durch die, in der folgenden Note angeführten Gesetze begründete Recht der Deutschen auf drey Instanzen, über die Verwerflichkeit der Instanzenmultiplication und die Rechte und Verbindlichkeiten deutscher unmittelbaren Obrigkeiten in Hinsicht der Gerichtsorganisation siehe die, mit ächt philosophisch historischem Geiste geschriebene Abhandlung Gönners in dem Handbuche Band III. n. XXXVII.*

(b) *Von der Verwerflichkeit der Kabinetsinstanz. R. D. A.* 1600. *§.* 15. *J. R. A. §.* 108 *et* 109. *Schick de illicita instantiarum multiplicatione, Gissae* 1788. *Verbessert und in deutscher Sprache* 1802. 8. *Gönner Handbuch I.* 1. *Alles was richterliches Geschäft ist, ist nicht Kabinetsgeschäft. Auch scheint das, von Gönner aus dem Rechte der Oberaufsicht abgeleitete Recht des Landesherrn zu Eröffnung seiner Zweifel gegen die Rechtmäſsigkeit des rich-*

§. 36.

Eintheilungen des Gerichtsstandes.

Es ist schlechthin nothwendig, daſs das Gesetz eine allgemeine Vermuthung begründe, vor welchem Gerichte in einem bestimmten Districte alle Rechtsstreitigkeiten der Bürger in erster Instanz angebracht werden können. Vor diesem Gerichte würde dann der *gesetzliche, allgemeine* Gerichsstand der Bürger (forum legale, generale) seyn. Von dieser Vermuthung aber können Ausnahmen statt finden, und finden in Deutschland folgende statt: 1.) in Ansehung bestimmter *einzelnen* Sachen hat man, weil sie, ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit wegen, oft mit leichterer Mühe und besser vor einem andern Richter verhandelt werden können, sie vor diesem zu verhandeln erlaubt oder geboten. Dadurch sind denn verschiedene gesetzliche *besondere* Gerichtsstände (fora legalia, ſpecialia) begründet worden. 2.) Man hat ganze Classen von Personen (hier und da auch einzelne) und ganze Classen von Sachen, letztere hauptsächlich wegen

terlichen Verfahrens wenigstens nicht empfehlungswerth für die Gesetzgebung. Es genügt, daſs über den unrechtlich handelnden Richter eine Untersuchung veranlaſst werden kann.

der bey ihnen oft nothwendigen eigenthümlichen Behandlungsart, durch besondere Befreiungen, der Gerichtsbarkeit des gewöhnlichen Richters entnommen, und dieselben vor besondere Gerichte gewiesen. Dadurch sind denn besondere *befreite* Gerichtsstände (fora legalia privilegiata) entstanden, welchen die andern unter dem Namen der *nicht befreiten* (fora legalia communia) entgegengesetzt werden. 3.) Man hat ferner sich genöthigt gesehen, in bestimmten aufserordentlichen Fällen von der, sonst allgemein geltenden Regel: jeder mufs in dem Gerichte belangt werden, welches das gesetzlich zuständige Gericht desselben *in der ersten Instanz* ist, abzuweichen, und die Sache sogleich aufser der Ordnung vor das, sonst nur *in höherer Instanz* zuständige Gericht bringen zu lassen. Dadurch wird der Unterschied zwischen den gesetzlichen *ordentlichen* oder *aufserordentlichen* Gerichtsständen (fora ordinaria et extraordinaria) begründet. Endlich 4) ist durch alle diese gesetzlichen Bestimmungen die Freiheit der streitenden Theile, sich einen andern Gerichtsstand zu wählen, nicht völlig aufgehoben worden, weswegen den bisher aufgeführten *gesetzlichen* Gerichtsständen die gewillkührten (forum pacti-

tium s. prorogatum) entgegengesetzt werden müssen.

§. 37.

A. *Arten der gesetzlichen Gerichtsstände.* I. *Ordentliche.* a. *Nicht befreite.* 1.) *Der allgemeine.*

Die allgemeine Vermuthung, welche die Gesetze aufstellen, ist: daſs jeder vor *dem*, von der Staatsgewalt *im Allgemeinen* zur Verwaltung der Gerichtcbarkeit *in erster Instanz* niedergesetzten Gerichte, in dessen Gerichtsbezirk er seinen *Wohnsitz* hat, belangt werden könne. Vor diesem Gerichte, sagt man daher, habe der Bürger seinen Gerichsstand *des Wohnorts* (forum domicilii). Seinen Wohnsitz wählt jeder, der seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären im Stande ist, (a) willkührlich, (b) und wir erkennen diesen Willen entweder aus seiner, mit der Bereitung der Wohnung an einem Orte

(a) *d. h. wer über seine Person und Vermögen verfügen kann. Das Weib kann dieses nicht, und daher die Regel: uxor sequitur forum mariti. V. 1. fr. 65. L. 1. fr. ult. §. 3. Die Wittwe hat aber freien Willen zu ändern. L. 1. fr. 22. §. 1.*

(b) *Den Fall der Relegation und Verstrickung an einen Ort ausgenommen, wo ad interim ein Wohnort aufgedrungen wird. L. 1. fr. 22. §. 3.*

verbundenen ausdrücklichen Erklärung, oder aus concludenten Handlungen, welche aber nothwendig darauf hingehen müssen, uns einen, bis zu einer freiwilligen, nicht schon zum voraus durch die Erreichung eines gewissen temporellen Zwecks bestimmten Aenderung (a), fortdauernden Willen, irgendwo sich aufzuhalten, zu äufsern, und eben daher keineswegs in dem *bloſsen* Ankauf liegender Güter oder Häuser (b), oder in einem nur zu einem gewissen vorübergehenden Geschäfte bestimmten Aufenthalte (c) bestehen können.

Bey denen, welche sich noch keinen bestimmten Wohnsitz wählen *konnten*, oder welche sich keinen wählen *wollten* (Vagabunden), tritt an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnortes derjenige Gerichtsstand, welchen der Vater (bey unehelichen die Mutter) derselben, als

(a) *Diese hängt daher, so wie die erste Wahl, von der Willkühr ab*, L. 1. *fr.* 17. §. 11. *wo nicht Landesgesetze etwas anders verfügen.*

(b) *Eine Ausnahme wird, nach besonderen Rechten, durch den vollen Landsassiat begründet.*

(c) XLVII. 10. *fr.* 5. §. 5. *Wohl aber kann ein Bürger an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben.* L. 1. *fr.* 5. *c.* 6. §. 2.

ihren allgemeinen (befreiten oder nicht befreiten) anerkennen. Dieser ist unter dem Namen des Gerichtsstandes *des Geburtsortes* (forum originis) bekannt. (a)

§. 38.

2.) *Die besonderen.* a) *Der gelegenen Sache.*

In Ansehung der, den Besitz einer Sache betreffenden Rechtsmittel (b), so wie in Ansehung aller petitorischen dinglichen, und die Sache verfolgenden persönlichen (in rem scriptae act.) Klagen (c), mufs jeder, die Sache sey beweglich oder unbeweglich (d), körperlich oder unkörperlich, eine einzelne (singularis), oder eine Sachengemeinheit bildende (universitas re-

(a) *Bey Findelkindern nimmt man den Ort, wo sie gefunden, bey Kindern der Vagabunden den Ort, wo sie getauft wurden, um darnach das forum originis zu bestimmen. Bey den Römern war übrigens dieses Forum wichtiger und anders bestimmt (L. 1. fr. 33. etc.) als es, unserer Verfassung gemäfs, nach dem §. ist.*

(b) *C. III.* 16. *const. un. ibid.* 20. *const. un.*

(c) *ibid.* 19. *const.* 1. 2. 3.

(d) *V.* 1. *fr.* 38.

rum) (a), sich bey dem Gerichte stellen, welchem im Allgemeinen die Gerichtsbarkeit in erster Instanz in *dem* Districte anvertraut ist, in welchem die Sache liegt, oder welchem in diesem Districte die Gerichtsbarkeit über die Güter, von welchen die Rede ist, vermöge Privilegiums, gebührt. Hier also muſs jeder, er sey nun in dem Gerichtsbezirke wohnhaft oder nicht, seinen Gerichtsstand in Ansehung dieser Sachen (forum rei sitae) anerkennen. Die possessorischen Rechtsmittel sind *ausschlieſsend* an dieses Gericht gebunden (b), in Ansehung der petitorischen Klagen hingegen hat sich der Gerichtsgebrauch, bey der nicht über alle Schwierigkeiten erhabenen Auslegung der Gesetze (c), ziemlich allgemein gegen die ausschliessende Zuständigkeit dieses Gerichtsstandes erklärt.

(a) *Cod. III. 19. et 20. Wenn die Sache an mehreren Orten zersreut ist, so ist darauf zu sehen, wo der gröſste Theil derselben gelegen ist. V. 1. fr. 50 et 52 etc.*

(b) *C. III. 16. const. un. et 20. const. un.*

(c) *Zwar scheint in Ansehung der unbeweglichen Sachen die ausschlieſsende Zuständigkeit des fori rei sitae der Theorie nach richtiger zu seyn, (C. III. 19. const. 3. V. 1. D. fr. 38. vergl.*

§. 39.

b) *Des Contracts.*

Jeder soll vor dem, der Regel (a) nach, in der ersten Instanz zuständigen Richter desjenigen Orts, wo er einen Contract zu erfüllen versprochen hat (b), oder der Natur des Contracts gemäſs zu erfüllen verbunden ist (c), in Ansehung aller,

Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden n. 11.) zumal wenn man die Bestimmung der const. un. Cod. III. 20. aus der Natur einer actio mixta erklärt; indessen möchte es, da doch die Sache immer noch zweifelhaft bleibt, räthlicher seyn, dem Gerichtsgebrauche ferner zu folgen. In dem Concursprocesse würde sich die entgegengesetzte Maxime — schwerlich zum Vortheile des Verfahrens — sehr reformirend äussern.

(a) *Er müſste denn an diesem Orte einen befreiten Gerichtsstand haben, in welchem Falle dieser der Gerichtsstand des Contracts ist.*

(b) *XLIV. 7. fr. 21. Sind mehrere Zahlungsorte genannt, so kann in jedem nur ein Theil eingeklagt werden, es müſsten denn die Orte alternativ genannt seyn, in welchem Falle dem Kläger die Wahl zusteht. XIII. 4. fr. 2. §. 3. 4.*

(c) *d. h. wo er zu seiner Vollkommenheit gediehen ist. V. 1. fr. 19. §. 1. fr. 20. 45. Dieses ist nicht*

aller, aus dem Contracte entspringenden Klagen (a), (sie mögen nun auf die Erfüllung oder Aufhebung (b) desselben gehen), belangt werden *können.* Hier muſs also jeder Contrahent seinen Gerichtsstand des Contracts (forum contractus) anerkennen, sobald er nämlich an diesem Orte Güter besitzt, welche mit Arrest belegt werden können (c), oder doch er selbst an diesem Orte angetroffen wird, so daſs ihm die gerichtliche Ladung gehörig eingehändigt werden kann. (d)

nicht der Ort, wo der schriftliche Aufsatz verfertigt wird, es müſste denn dieser als Bedingung der Vollkommenheit beliebt worden seyn. XLIV. 7. fr. 38.

(a) *Ausgenommen die Klage der Frau aus der Ehestiftung, V. 1. fr. 65.*

(b) *Viele behaupten, nach const. 2. C. II. 47. das Gegentheil. Man sehe aber* Hofacker *pr. jur. R. G. §. 4235. n. a.*

(c) *V. 1. fr. 19.*

(d) *II. 2. c. 1. in 6to. Wer einem blos durchreisenden creditirt, soll angesehen werden, als habe er dem Gerichtsstand des Contracts entsagt. V. 1. fr. 19. §. 2.*

§. 40.

c.) *Der geführten Verwaltung.*

Alle aus der Verwaltung fremder Geschäfte entspringende Klagen (a), sollen bey *dem* Gerichte angebracht werden, vor welchem die Verwaltung geführt, oder von welchem sie aufgetragen worden ist, oder endlich, wenn keines von beyden der Fall ist, bey dem in der Regel in erster Instanz zuständigen Richter des Districts, in welchem die Verwaltung geführt worden ist. (b) Dieser Gerichtsstand (forum gestae administrationis) ist keine Art des Gerichtsstandes des Contracts (c), und, so sehr er auch die verdiente Begünstigung in den Gesetzen gefunden hat, so dürfte doch wohl eine ausschliessende Zuständigkeit desselben schwerlich vertheidigt werden können. (d)

(a) *sie seyen also directae oder contrariae.*

(b) *V.* 1. *fr.* 19. *§.* 1. *et fr.* 36. *§.* 1. — *C. III.* 21. *const.* 1. 2. *R. P. O.* 1577. *art.* 32. *§.* 3.

(c) *Die Püttersche Meinung (Rechtsf. B. III. Th.* 3. *S.* 770), *daſs er dieses seye, widerlegt sich aus dem in der const.* 2. *C. alleg. angegebenen Grunde der Einführung desselben.*

(d) *vergl. Gönner Handb. I.* 15. *dessen Ausführung ich durch das, was Weber l. c. n.* 2. *dagegen gesagt hat, nicht für widerlegt halte.*

§. 41.

d.) *Des Arrests.*

In denjenigen Fällen, wo es dem sonst unzuständigen Richter erlaubt ist, Personen oder Sachen mit *Arrest* zu belegen (a), begründet der angelegte Arrest in Ansehung des Gegenstandes, um welches willen derselbe ertheilt wurde, vor dem, den Arrestbefehl ertheilenden Gerichte einen *zuständigen* Gerichtsstand des Arrestaten. (b)

§. 42 *a.*

e.) *wegen des, aus der genauen Verbindung der Sachen entstehenden Zusammenhangs.*

Ferner *befehlen* die Gesetze, daſs, wenn mehrere Sachen verschiedener Art in einer solchen engen Verbindung mit einander stehen, daſs die eine, ohne Nachtheil für die Verhandlung, nicht vor einem anderen Gerichte, als die andere, verhandelt werden könne, sie alle bey demjenigen Gerichte angebracht werden sollen, welches in Ansehung der wichtigsten (Hauptsache) unter ihnen, das zuständige ist, oder bey welchem die eine derselben schon rechtlich an-

D 2

(a) *Die Gründe hierzu werden im Arrestprocesse abgehandelt.*

(b) *R. A.* 1594. §. 82. 83.

gebracht worden ist. (a) Wenn auch ein solches Gericht sonst nicht das zuständige in Ansehung aller dieser Gegenstände gewesen seyn würde, so wird es doch wegen dieses Zusammenhangs (ob continentiam ex caussarum connexitate) das ausschliessend zuständige (b), es müsste denn eine oder die andere dieser Sachen, durch eine besondere Befreiung, der Gerichtsbarkeit eines befreiten Richters, ohne alle Ausnahme, unterworfen worden seyn.

§. 42 *b.*

f.) *wegen Reconvention.*

Endlich muss jeder die Zuständigkeit eines sonst unzuständigen Richters in allen, nicht besonders privilegirten Reconventionssachen anerkennen. (c)

(a) *C. III.* 1. *const.* 10. *II.* 12. *X. c.* 1.

(b) *s. d. angeführten Gesetze. Die unnöthige Trennung der Sachen soll sogar Strafe und den Kostenersatz nach sich ziehen, vergl. die angef. Ges. auch I.* 3. *c.* 2. *in 6to.*

Die gemeinen besonderen Gerichtsstände gehen unter denselben Bestimmungen auch auf den Erben über, selbst wenn der Erblasser sich noch nicht eingelassen hatte. V. 1. *fr.* 19. *pr.*

J. C. Koch diss. de foro heredis. Gissae 1765. *§.* 22.

(c) V. 1. *fr.* 22. *Cod. VII.* 45. *const.* 14. *Nov.* 96. *c.* 2. (*vergl. §.* 50.)

§. 43.

B.) *Befreite Gerichtsstände.* 1.) *In Ansehung der Personen.*

Diejenigen Klassen von Personen, welche durch Befreiungen dem gewöhnlichen Richter entzogen, und einem besonderen Gerichte, in allen nicht ausgenommenen Sachen, in erster Instanz, unterworfen worden, sind: a.) *die Geistlichen*, welche so lange, bis sie feierlich degradirt, oder förmlich abgesetzt worden sind, nur allein vor den über sie gesetzten geistlichen Gerichten ihren Gerichtsstand erkennen (a). b.) *Die akademischen Bürger*, deren zuständiger Gerichtsstand in der Regel der akademische Senat ist (b). c.) *Die Gesandten*, welche, vermöge der herkömmlichen Exterritorialität, sowohl in Ansehung ihrer Person, als auch ihrer Güter (c) und Gefolge, nur allein vor den Tri-

(a) *II. 2. X. fast durchaus.* Malblanc *de re iudic.* §. 121. *folg.*

(b) C. *IV.* 13. *Auth. habita.*

(c) *Es müßste denn keinem Zweifel unterworfen seyn, daſs sie dieselben in einer andern Eigenschaft, denn als Gesandten, besäſsen. Auch läſst sich nicht geradezu behaupten, daſs, nach geendigter Gesandschaft, die Effecten der Gesandten nicht wegen ihrer Schulden mit Arrest belegt werden dürften.*

bunälen des Landes, welches sie gesendet hat, verantwortlich gemacht werden können (a). d.) *Die Reichsstände* und *Unmittelbare*, welche, in soferne sie dieses sind, keinen Gerichtsstand in einem deutschen Lande anzuerkennen brauchen. e.) *Die Soldaten*, welche, den Gerichtsstand der gelegenen Sache ausgenommen, gewöhnlich uur bey den Kriegsgerichten belangt werden können (b). f.) *Die landsäſsigen Adlichen*, welche in der Regel für sich, so wie auch häufig in Ansehung der Rittergüter, der Schriftsäſsigkeit genieſsen (c). Die übrigen Personal-Befreiungen müssen aus Landesgesetzen abgeleitet werden (d).

(a) *vergl.* G. F. v. Martens *Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht.* 7 B. 5 Hptst. §. 213 *folg.*

(b) *Dieser befreite Gerichtsstand ist zwar schon in römischen Gesetzen gegründet* (C. XII. 36), *allein die Verschiedenheit der Gerichtsverfassung in den einzelnen deutschen Landen hat auch in Ansehung der Grenzen dieser Befreiung groſse Verschiedenheiten zur Folge.*

(c) *Sachsen macht hier eine Ausnahme.*

(d) *Z. B. die Befreiungen der Hofbedienten, der Staatsbeamten u. d. gl. Daſs auch das Gesinde unter dem privilegirten Gerichtsstande seines Herren stehe, läſst sich nicht als gemeinrechtlich beweisen.* Martin §. 35. Sieber §. 191.

§. 44.

2) *In Ansehung ganzer Klassen von Sachen.*

Nach gemeinem Rechte können zu den, durch besondere Befreiungen, einem bestimmten Richter übertragenen Klassen von Sachen nur die *eigentlichen Lehnssachen* (causae mere feudales) (a), die *geistlichen* (b) (causae ecclesiasticae), die *akademishen disciplinar*, und die eigentlich *militärischen* gerechnet werden. Ausser diesen gehören aber hin und wieder in Deutschland die *Dinghöfe*, *Meyerdinge*, *Holz-* und *Märkergerichte*, *Berg- Salz- Deich- Wassergerichte*, *Baugerichte*, *Handels- Banco- Wechselgerichte* (c) u. d. gl. unter die, in Ansehung ganzer Klassen von Sachen, befreiten Gerichte.

§. 45.

II. *Ausserordentliche Gerichtsstände.* a) *Der mitleidswürdigen Personen.*

Eine Ausnahme von der Regel: dafs in allen Sachen aller Personen das nach dem Gesetze zu-

ausgenommen bey Academikern. Vergl. die alleg. Auth.

(a) *II. F.* 10. 16. 20. *etc.*

(b) *cf.* G. L. *Böhmer pr. iur. can.* §. 240. 244.

(c) *Ueberhaupt ist zu diesem* §. *anzuführen Malblanc de re judic.* §. 105—131.

ständige Gericht in erster Instanz nicht übergangen werden dürfe, macht die häufig in der deutschen Rechtspraxis angenommene Auslegung eines römischen Gesetzes in Ansehung der sogenannten *mitleidswürdigen Personen* (personae miserabiles), worunter Pupillen, Wittwen, durch langwierige Krankheiten Entkräftete und Preſshafte (a) verstanden werden. Diese sollen, sie seyen Kläger oder Beklagte, sogleich die Verhandlung ihrer Streitsache (es müste denn dieselbe zu den durchaus befreiten gehören, oder ein ausschlieſsend zuständiger besonderer Gerichtsstand eintreten) vor den höchsten Gerichten verlangen können (b), den Reichsgerichten

(a) *Cod. III. 14. const. un. Mit Unrecht sucht man, vielleicht in den meisten Gerichten, dieses ohnehin so grob misverstandene Gesetz, noch auf mehrere Personen auszudehnen. Vergl. Voetius ad tit. D. de judic. §. 115. 116.*

(b) *const. alleg. Nur dieser leztere, wiewohl auch durch eine falsche Usualinterpretation so verstandene Theil des Gesetzes kann bey uns möglicher Weise Anwendung finden, obgleich die rechtliche Unanwendbarkeit des Gesetzes bey unsrer Verfassung so überaus klar ist (vergl. Weber Beytr. zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden n. 12.), daſs man nichts sehnlicher, als baldige Verdrängung dieses groſsen*

ausgenommen, wenn ein Mittelbarer gegen einen Mittelbaren, oder ein Unmittelbarer gegen einen Mittelbaren klagt (a).

§. 46.

b) *Im Falle der Identität der Sachen.*

Eine fernere Ausnahme dieser Art findet statt, wenn eine und dieselbe Klage, aus demselben Klaggrunde und durch dasselbe Factum veranlaſst, entweder mehrere Beklagte, welche verschiedene Richter in erster Instanz haben, oder mehrere, in verschiedener Richter Sprengel gelegene Sachen betrifft (si continentia adest causarum ex identitate vel personali, vel reali). In diesem Falle soll die Klage sogleich bey demjenigen nächsten Richter höherer Instanz angebracht werden können, zu welchem sich alle die verschiedenen Richter als Unterrichter verhal-

Miſsstandes in der deutschen Gerichtspraxis und Rückkehr der älteren Kammergerichtspraxis wünschen kann.

(a) *v. Zangen prakt. Rechtserörterungen Th. 1. Abh. 1. Die Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur jure suo, würde übrigens hier sehr verkehrt angewendet werden.*

ten (a). Wenn aber die mehreren Beklagten in verschiedenen Territorien Unterthanen sind, oder die mehreren Sachen in verschiedenen Territorien liegen, so ist die Zuständigkeit der Reichsgerichte noch zweifelhaft, und hängt von einer noch zu erwartenden Entscheidung des Reichstages ab (b).

§. 47.

c) *In Fällen der verzögerten oder verweigerten Justiz.*

Der nothwendigen Unterordnung der Gerichte unter einander verdankt eine weitere Ausnahme in den Fällen ihren Ursprung, wenn die unteren Gerichte entweder die Verwaltung der Justiz hartnäckig verzögern, oder gar gänzlich verweigern. Indessen hat die bey dem nächsten Oberrichter anzubringende Beschwerde wegen verzögerter Justiz so lange nicht die Wirkung, dafs dadurch die Entscheidung der Sache selbst von dem oberen Gerichte rechtlich vor-

(a) *D. A.* 1600. *§.* 23. 24. *K. d. K. G. O. II.* 9. *pr. et §.* 1. *Nur mufs die eine Sache nicht durch Befreiung an einen bestimmten Richter ausschliefsend gewiesen seyn.*

(b) *Es ist deswegen rathsam, die Klage zu theilen. Von der Geschichte dieses Gerichtsstandes cf. Sieber ger. Procefs §.* 162 *fqq.*

genommen werden könnte, bis daſs der Oberrichter sieht, daſs weder Promotorialien, noch Befehle, den Gang der Justiz nicht länger aufzuhalten (mandata de administranda justitia), etwas fruchten. (a) Wie fest übrigens dieser Gerichtsstand gegründet sey, beweisen weniger Stellen aus der canonischen Gesetzesammlung als vielmehr der Umstand, daſs selbst in den uneingeschränkten Berufungsbefreiungen diese Ausnahme gewöhnlich ausdrücklich vorbehalten wird. (b)

§. 48.

d) *Wenn mehrere Unterrichter über die Zuständigkeit uneinig sind.*

Endlich kann Ausnahmsweise die Sache sogleich an den nächsten Oberrichter gebracht werden, wenn mehrere Unterrichter über die Grenzen ihrer Gerichtsbarkeit, gerade in Rücksicht auf die itzt zu entscheidende Sache, nicht einig sind. Eben dieses behauptet man auch in dem Falle, wenn der Unterrichter aus recht-

(a) *Wie sollte dies aber in deutschen Reichslanden bey dem Verhältnisse zwischen den Obergerichten und Untergerichten desselben Landes vorkommen können?*

(b) *Man vergl. nur G. B. cap. II. §. 3.*

lichen Gründen verworfen wird, allein hier ist der, im §. 32. angegebene, unstreitig rechtliche, mit dem Geiste der deutschen Landesgerichtsverfassung und dem reichsgrundgesetzlichen Rechte des Deutschen auf drey Instanzen mehr harmonirende Weg schon der gebräuchlichere geworden, und es wäre zu wünschen, daſs eben dieser auch in den übrigen Fällen dieses und des vorhergehenden §. einzig betreten, wenigstens aber doch in allen Fällen der auſserordentlichen Gerichtsstände die Berücksichtigung jenes Rechtes der Parthieen auf drey Instanzen nicht vergessen werden möchte. (a)

§. 49.

B.) *Gewillkührte Gerichtsstände.*

So genau auch die Gesetze, durch die angeführten Bestimmungen, die in jeder Sache zuständigen Gerichtsstände bestimmen, so lassen sie doch Abänderungen dieser Bestimmungen durch den Willen der Parthieen zu, wodurch denn eine *Prorogation* der Gerichtsbarkeit entsteht (b).

(a) *Vergl. noch: Gönner Handb. III. XXXVII. vorzüglich in Hinsicht der scheinbar entgegenstehenden K. G. O. II.* 21. *§.* 2. 29. *§.* 1.

(b) *Unterschied zwischen dem judex prorogatus und arbiter compromissarius.*

Diese Prorogation findet jedoch nur statt 1.) in solchen Sachen, welche nicht durch eine besondere Befreiung (privilegium causae datum) ausschliefsend an einen bestimmten Richter gewiesen worden sind (a). 2.) Nur auf solche Richter, welche nicht ausdrücklich, vermöge eines Privilegiums, nur über eine bestimmte befreite Klasse von Personen oder Sachen Richter sind (b), von solchen, welche nicht zu dieser Klasse von Personen gehören, und in Sachen, welche aufser dem Ressort dieser Richter liegen. 3.) Nur auf solche, welche noch wirklich als Richter betrachtet werden können (c), und welche in demselben Lande, worin der Prorogirende Unterthan ist, Richter sind (d). Privilegien, welche blofs den Personen ertheilt sind, stehen

(a) *Z. B. Lehnsachen, geistliche, akademische Disciplinarsachen u. d. gl.* (*§.* 44.)

(b) *Cod. VII. 48. const. 2. Es folgt auch aus der Natur des Privilegiums.*

(c) *II. 1. fr. 13. V. 1. fr. 2. §. 2.*

(d) *Es folgt dieses aus dem jure de non evocando, welches in dieser Rücksicht die Verordnungen des R. R. unanwendbar macht. Vergl. Glück Erl. d. Pand. 2. B. 1. T. §. 206. u. d. das. angef. — Eine eigene Meinung hat Malblanc consp. rei judic. §. 153.*

den Prorogirenden eben so wenig im Wege (a), als die Patrimonialgerichtsbarkeit des Richters, von welchem prorogirt werdeu soll (b). Uebrigens ist es natürlich, daſs durch keine Prorogation der Richter berechtigt werden könne, die Gerichtsbarkeit auſser den Grenzen seines Gerichtsdistrictes auszuüben (c).

§. 50.

Fortsetzung. Verschiedene Arten der Willenserklärung.

Der Willen, die Gerichtsbarkeit eines gesetzlich nicht zuständigen Richters zu prorogi-

(a) *Cod. I. 3. const. 51. Eine Ausnahme ist durch besondere Gesetze in Ansehung der Geistlichen begründet II. 2. X. c. 12. 18. welche aber nur in dem catholischen Deutschlande noch anwendbar ist. vergl. J. H. Böhmer J. E. Pr. II. 2. §. 40. 41. Man bedenke aber die Note b. der vorhergehenden Seite. Uebrigens vergl. auch Schnauberts Beyträge Th. II. n. 4.*

(b) *Vergl. Hofacker pr. jur. Rom. Germ. §. 4212. n. b. von der Real-Jurisdiction der Akademieen gilt dasselbe: Hofacker a. a. O. n. h. u. J. H. Böhmer a. a. O. Die entgegengesetzte Meinung hat indessen die mehrsten Vertheidiger, vergl. Glück a. a. O.*

(c) *II. 1. fr. ult. Es versteht sich übrigens, daſs die Prorogirenden ihren Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären im Stande seyn müssen.*

ren, kann I) aus einem ausdrücklichen vorhergehenden, generellen oder speciellen Vertrag der Parthieen abgeleitet werden (a), welcher aber, nach römischen Gesetzen (b), erst dann verbindlich ist, wenn die Parthieen den prorogirten Richter wirklich angegangen haben. II.) Kann derselbe aus concludenten Handlungen gefolgert werden. Eine solche concludente Handlung ist nun 1.) der Natur der Sache nach, wenn der Kläger bey einem sonst nicht zuständigen Richter absichtlich seine Klage anbringt, und die Erlassung der Ladung an den Beklagten bewirkt (c), der Beklagte hingegen sich gleichfalls absichtlich daselbst einläſst (d). 2.) Findet man

(a) *II. 1. fr. 18.*

(b) *Fr. alleg. Ob dieses fr. nicht mit Vinnius (de jurisd. c. 11.) aus der Natur des pacti nudi zu erklären, oder mit* Noodt *(de idct. I. II. c. 12.) von einer Aufhebung des Vertrags mit beyderseitiger Einwilligung zu verstehen sey, ist zweifelhaft. So viel ist gewiſs, daſs Cod. II. 3. const. penult. (welche nur von der Entsagung auf eine Befreiung redet) mit demselben auf keinen Fall im Widerspruche stehe, vergl.* Glück *a. a. O.* §. 203.

(c) *C. II. 2. const. 4. Nur wenige sind hier anderer Meinung, z. B.* Donell *comm. jur. civ. L. XVII. c.* 18.

(d) *C. VIII. 36. const. ult. verb. mit V. 1. fr. 33.*

eine solche, vermöge gesetzlicher Bestimmung (oder Fiction) concludente Handlung in der Anstellung einer Klage in so ferne, als daraus die Verbindlichkeit, die Zuständigkeit des angegangenen Richters in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen, gesetzlich fliesst. Diese vermeintliche Prorogation bezeichnet die Schule mit dem Namen der *nothwendigen*. Ich glaube aber, richtiger in den Bestimmungen der Gesetze über die Wiederklage ein gemeinrechtliches *forum speciale* erkannt (§. 43 *b*) und dadurch den wahren Grund zur Widerlegung der, von scharfsinnigen Rechtslehrern aufgestellten Behauptung, dafs die Gründe der Unanwendbarkeit einer willkührlichen Prorogation auf Gerichte ausser Landes auch auf Reconventionen pafsten, angegeben zu haben.

§. 51.

Regeln zur Bestimmung der Rangordnung der einzelnen Gerichtsstände.

I.) In soferne durch die Gesetze der Willkühr der Parthieen Spielraum gelassen worden, schliefsen natürlich die gewillkührten Gerichtsstände alle anderen aus. II.) Unter den gesetzlichen Gerichtsständen hingegen mufs man die Gründe der gemachten Ausnahmen aufsuchen, um die Grenzen derselben bestimmen zu können.

1.)

1.) Die für ganze Klassen von Sachen ertheilten Privilegien haben ihren Grund darin, weil bestimmte, zur Entscheidung derselben nothwendigen Kenntnisse, nur von denjenigen in einem besonderen Grade erwartet werden können, welche nur zur Anwendung solcher Kenntnisse von dem Staate gebraucht werden sollen. Es folgt hieraus, daſs, sobald für die Entscheidung solcher Sachen bestimmte Männer niedergesetzt worden sind, kein anderes Gericht sich die Entscheidung derselben anmaſsen könne, (a) sondern es wird, nach dem Ausdrucke der Schule, angenommen, daſs durch eine Befreyung dieser Art, allen andern Richtern die, dem besondern Gerichte anvertraute Species iurisdictionis entnommen worden seye. 2.) Die gemeinen, besondern Gerichtsstände sind Ausnahmen, welche darum eingeführt worden sind, weil diese Sachen entweder, *ihrer Natur nach*, nicht eben so gut oder gar nicht von einem andern Gerichte entschieden werden können (§. 58 am Ende, §. 41. 42.), oder weil sie doch *möglicher Weise* hier besser entschieden werden können.

(a) *Die, zur Erhaltung des Ruhestandes nothwendigen, im Grunde polizeylichen Verfügungen in Anschung des momentanen Besitzes sind keine rechtlichen Entscheidungen und gehören natürlich vor den Ortsrichter.*

Ist das erstere, so ist natürliche Folge, dass kein anderes Gericht hierin entscheiden könne; ist das letztere aber, so schliessen sie den allgemeinen Gerichtsstand keineswegs aus. 3.) Die, bestimmten Personen ertheilten Privilegien haben ihren Grund entweder darin, weil, den Verhältnissen dieser Personen gemäss, kein anderes Gericht sie richten *kann*, — dann schliessen sie natürlich jeden andern Gerichtsstand aus, — oder weil sie dadurch einen Vorzug erlangen sollten, dann kann nur das geringste vermuthet werden, und ihr befreiter Gerichtsstand nimmt daher nur die Stelle des allgemeinen Gerichtsstandes der nicht befreiten ein. Endlich 4.) die ausserordentlichen Gerichtsstände (welche nur eine Aenderung in den Instanzen verursachen) haben ihren Grund entweder darin, weil in der untersten Instanz nicht gesprochen werden *kann*, (§. 47. 48.) — dann folgt: dass in allen Sachen die unterste Instanz übergangen werden müsse, (a) oder darin, weil gewisse Partheieen begünstigt werden sollten (§. 45.) — dann kann nicht angenommen werden, dass dadurch diejenigen Gerichtsstände, welche zum Besten der zu verhandeldnen Sache zu ausschliessend zuständigen erhoben worden sind, ausgeschlossen würden; — oder darin, weil die-

(a) *Vergl. aber* §. 48.

se Ausnahmen im Allgemeinen die bessere Verhandlung der Sachen zu befördern schien, (§. 46.) — dann kann dadurch doch in Ansehung derjenigen Sachen keine Aenderung entstehen, welche darum an einen bestimmten Gerichtsstand ausschliefsend gebunden worden sind, weil es gewifs ist, dafs sie nur in diesem am besten verhandelt werden können. —

§. 52.

Fortsetzung. Concurrenz der Gerichtsstände. Prävention.

Es bleiben, nach dem bisherigen, immer noch mehrere Gerichtsstände, welche in derselben Sache und in derselben Instanz als gleich zuständige (fora concurrentia) betrachtet werden müssen. Hier hängt es nun zwar, in der Regel, von der Wahl des Klägers ab, an welches Gericht er sich wenden wolle; allein es erscheint zugleich als ein wesentliches Erfordernifs einer guten Justizverwaltung, dafs bestimmten, in den Gang des Verfahrens gehörenden Handlungen, von den Gesetzen die Kraft beygelegt werden müsse, dafs durch sie das eine der concurrirenden Gerichte *für diese bestimmte Sache* zu dem ausschliefsend zuständigen gemacht werde. Wenn eines der concurrirenden

Gerichte, durch das *frühere* Vornehmen *solcher* Handlungen sich die alleinige Zuständigkeit in einer bestimmten Sache erworben hat, so sagt man, dafs es das andere durch *Prävention* ausgeschlossen habe. Das Gericht begründet diese Prävention, nach unsern Gesetzen, in Ansehung des Klägers, sobald es auf die Klage, welche ein gerichtliches Verfahren in der Sache veranlassen konnte (a), eine gerichtliche, durch die Art des Verfahrens begründete Verfügung erläfst (b), in Ansehung des Beklagten hingegen und also in Ansehung der ganzen Sache, sobald diesem die gehörig ausgefertigte Ladung, oder eine mit dieser gleiche Wirkung äussernde Verfügung gehörig eingehändigt worden ist (c). Nur wenn beide Theile auf die erlassene Ladung nicht erscheinen, ist es so gut, als wenn gar keine erlassen worden wäre (d). Ist Prävention wegen des Zusammentreffens

(a) *Also nicht ein Libell, welches als inept oder d. gl. verworfen wird.*

(b) *Cod. II. 2 const. ult. Nov. 112. c. 3.*

(c) *V. 1. fr. 7. §. 30. I. 29. X. c. 20. II. 2. X. c. 19. Die Verfügung auf eine Provocation zur Klage kann aber natürlicher Weise dem Provocaten sein Wahlrecht nicht benehmen.*

(d) *Danz a. a. O. §. 39. u. d. d. angef. vorz. Pütter de praeventione atque inde nata prae-*

der Handlungen concurrirender Gerichte in demselben Zeitmomente nicht denkbar, so kann nur das Loos eine Entscheidung an die Hand geben.

§. 53.

Rechtshängigkeit.

Ueberhaupt bestimmen die Gesetze, daſs von der Zeit an, wo die gehörig ausgefertigte Ladung, oder eine mit dieser gleiche Wirkung äussernde Verfügung dem Beklagten gehörig eingehändigt worden ist, die Sache als *rechtshängig* (lis pendens) betrachtet werden solle, so daſs von diesem Augenblicke an das in diesem Zeitpunkte zuständige Gericht, welches die Ladung erlassen hatte, durch den ganzen Proceſs das allein zuständige bleibt, und durch keine nachherige Veränderung des Gerichtsstandes von Seiten der Parthieen aufhört, das zuständige zu seyn (a). Auſser diesem ist es bekannte Folge der Rechtshängigkeit, daſs durch sie die Verjährung unterbrochen, der Uebergang der

ſcriptione ſori, in ejus Opusc. rem iudic. Imp. illustrant. n. II.

(a) *II. 5 Clem. c. 2. Nach den römischen Gesetzen hatte erst die Litiscontestation diese Wirkung.*

Klagen auf und gegen die Erben, wenn dieser sonst nicht Statt fand, bewirkt, der Besitzer in gutem Glauben in mancher Hinsicht dem Besitzer in bösem Glauben gleich gemacht (a), und der Gegenstand des Verfahrens zum *streitigen* (res litigiosa) wird (b), weswegen von nun an alle eigenmächtige Veränderungen oder Neuerungen in Ansehung desselben von Seiten der Parthieen unterbleiben müssen. Wenn beide Theile auf die Ladung nicht erscheinen, so ist es auch hier eben so, als ob gar keine erlassen worden wäre.

(a) *Auch dieses war, nach römischen Gesetzen, (C. VII. 33. const. 10. VII. 39. const. 7. §. 5. L. 17. fr. 139 et 164. V. 3. fr. 20. §. 11. et 25. §. 7.) Folge der Litiscontestation, weil erst durch diese Rechtshängigkeit bewirkt wurde. Weil aber die Ursache dieser Unterbrechung allein in der Rechtshängigkeit zu suchen und bey uns der, in der römischen Gerichtsverfassung liegende Grund zu der Annahme einer aus der litis Contestatio entspringenden obligatio quasi ex contractu nicht mehr vorhanden ist, so können die röm. Gesetze nicht mehr entscheiden. Boehmer J. E. P. T. 1. L. 2. tit. 16.*

(b) *Dies schon nach Nov. 112. C. 1.*

§. 53. *b.*

Verbindlichkeit der Gerichte zur Rechtshülfe.

Ist ein Gericht einmal zum ausschliefsend zuständigen für eine Sache gemacht, so kann kein andres auch nur die geringste gerichtliche, zum Verfahren in dieser Sache gehörende Handlung für sich gültig vornehmen. Weil aber dennoch auch kein Gericht ausser den Localgränzen seines Gerichtsbezirks gerichtliche Handlungen vornehmen darf, so sind alle deutsche Gerichte sich in so ferne zur Rectshülfe verbunden, dafs sie, auf Auffordern des in der Sache einmal ausschliefsend zuständigen, die in ihrem Gerichtsbezirke vorzunehmenden einzelnen Gerichtshandlungen, rechtlicher Ordnung nach, ohne Sach-Untersuchung über die Nothwendigkeit oder Rechtlichkeit derselben, vornehmen. Requisitions- und Communicativ-Schreiben von der einen, Antwort- und Recommunicativ-Schreiben von der andern Seite sind das Mittel, wodurch die Gerichte in solchen Fällen für den angegebenen Zweck thätig sind.

ZWEYTES KAPITEL.

Von den streitenden Theilen.

§. 54.

Einleitung.

Auch die Personen, welche einen Rechtsstreit vor dem Gerichte verhandeln (streitende Theile), können in Haupt - und Neben - Personen eingetheilt werden, nachdem sie entweder *für sich selbst* den Rechtsstreit verhandeln, oder verhandeln lassen (*Parthieen*, *Kläger* und *Beklagter*), — oder nur für Andere, welchen sie entweder Beystand leisten, oder ihre Stelle versehen (*Advocaten* und *Procuratoren*) auftreten.

§. 55.

Parthieen. Allgemeine Bemerkungen über dieselben.

Demjenigen, welcher in eigener Sache erscheinen, und seine Rechte vor Gericht verfechten will, muſs kein Grund entgegenstehen, wodurch er, nach den Gesetzen, hierzu ent-

weder überhaupt, oder doch in gewisser Rücksicht unfähig würde (defectus personae standi in judicio s. inhabilitas absolute et secundum quid talis). Als Gründe, welche absolute Unfähigkeit erzeugen, werden nur solche Mängel betrachtet, wodurch dem Menschen wirklich alle Möglichkeit, vor Gericht zu handeln, benommen wird, welches z. B. bey Tauben, Stummen (a), Rasenden, Blödsinnigen u. d. gl. (b) der Fall ist. Die Gründe hingegen, welche nur gewissermaſsen unfähig machen, sind entweder solche, welche nur unfähig machen, in bestimmten Sachen selbst zu handeln, welches in Ansehung eines unter väterlicher Gewalt Stehenden, in Sachen, welche das peculium profectitium und adventitium ordinarium betreffen, behauptet werden muſs (c); oder solche, wel-

(a) *III.* 1. *fr.* 1. *§.* 3. *L.* 47. *fr.* 124.

(b) *Fr.* 124. *alleg. et ibid. fr.* 5. *Weil Leute nicht wichtige Geschäfte versehen können, welchen Einsicht in das, was sie vorzunehmen haben und Ueberlegung gebricht, so verlangen die Gesetze bey demjenigen, welcher vor Gericht handeln will, volle Pubertät. III.* 1. *fr.* 1. *§.* 3.

(c) *V.* 1. *fr.* 18. *§.* 1. *Eine Ausnahme ist, wenn*

che unfähig machen, entweder überhaupt, oder doch in bestimmten Sachen *allein* zu verhandeln. Dieses letztere ist so oft der Fall, als die Gesetze das Vermögen, über sich, oder das Seinige *allein* zu verfügen, benehmen. Beyspiele geben Minderjährige (a) und gerichtlich erklärte Verschwender (b).

Hindernisse der angegebenen Art werden von dem Beklagten, wenn sie die Person des Klägers betreffen und von dem Richter nicht von Amtswegen berücksichtigt werden, durch die Vorschützung verzögerlicher Einreden gerügt, von dem Kläger hingegen, wenn sie dem Beklagten entgegenstehen, durch vorbereitende Gesuche zu entfernen gesucht.

§. 56.

Fortsetzung. Legitimation zur Sache.

Aufser diesem aber ist es auch in Rücksicht der bestimmten Sache, welche verhan-

weder der Vater selbst, noch durch einen Bevollmächtigten handeln kann.

(a) *Ausnahmen sind enthalten in C. III. 6. const. 3. C. V. 50. const. 1. I. 26. J. §. 5. Ueberhaupt vergl.* Dapp *von der Legitimation zum Procefs. Frankf.* 1789. 8.

(b) *XXVII.* 10. *fr.* 1.

delt werden soll, zur Möglichkeit einer rchtsgültigen Verhandlung derselben, erforderlich, daſs der Kläger *activ* und *passiv* zu dieser Sache als *legitimirt* erscheine. Es kann nämlich nicht genügen, in der Verhandlung der Sache die Existenz eines Rechtes des Klägers, oder einer Verbindlichkeit des Beklagten darzuthun, wenn es nicht auch gewiſs ist, daſs dort der Beklagte der wahrhaft Verbundene, hier der Kläger der wahrhaft Berechtigte seye. Sobald das Factum, welches diese *subjective* Berechtigung und dieses *subjective* Verbundenseyn erzeugt, nicht mit dem Facto, welches dort die Verbindlichkeit des Beklagten, hier das Recht des Klägers begründet, identisch ist; — sey es nun, weil ursprünglich das Recht, oder die Verbindlichkeit andern Iudividuen zustand, oder oblag, oder weil das Gesetz, zur Verfolgung eines bestimmten Rechts, oder zur Verantwortlichkeit wegen einer Verbindlichkeit eine gewisse, factisch begründete Eigenschaft der Person voraussetzt — so kann nur derjenige Kläger und nur derjenige Beklagter seyn, in Ansehung welches jenes Factum erweislich ist. Der Beweis dieses Facti (welcher die Legitimation zur Sache enthält) ist daher in solchen Fällen eine so nothwendige Präliminar-Bedingung zu einer Verhandlung über die Sache, daſs der Beklagte nicht nur, vor der

Erbringung desselben, der Verhandlung der Sache, durch die Vorschützung einer *verzögerlichen* Einrede (deficientis legitimationis ad causam), ausweichen darf, sondern auch der Richter von Amtswegen, zur Entfernung der, aus der mangelnden Activ-Legitimation (a) entstehenden Nichtigkeit der Verhandlung über die Klage, selbst thätig seyn muſs. (b)

(a) *Anders bey der passiven, weil der liti se offerens gesetzlich als der wahre Beklagte behandelt werden soll.*

(b) *Von dem wichtigen Unterschiede zwischen der Legitimation zur Sache und dem Hauptbeweise siehe Gönner iur. Abh. Th. 1. Abh. VI. Was zur Legitimation zur Sache gehört, betrift nie die factischen Gründe, worauf der Anspruch des Klägers, objectiv betrachtet, beruht, sondern nur das Recht des Klägers, diesen (für sich gegründeten, oder nicht gegründeten) Anspruch gegen diesen Beklagten zu verfolgen. Daher kann der Mangel der Legitimation auch nur Entbindung von dieser Verfolgung des Anspruchs (von der Instanz) zur Folge haben und die exceptio deficientis legitimationis ad causam ist eine dilatorische (gegen die Rechtsverfolgung), keinesweges eine peremtorische (gegen den Klagegrund gerichtete). Vergl. übr. Cod. IV. 19. const. 21.*

§. 57.

Kläger. Beklagter. Litisconsorten. Intervenient. Litisdenunciat. Adcitat.

Bey einem Rechtsstreite sind nur zwey Parthieen, — die eine, welche ihr Recht *fordert*, und in der Regel (a) den Namen des *Klägers* führt; — die andere, von welcher gefordert wird und daher *Beklagter* heiſst (b). Beyde müssen aber nicht gerade aus *einer* physischen oder moralischen Person bestehen, sondern es können, vermöge einer Gemeinschaftlichkeit *desselben* Endzwecks in Ansehung desselben Rechtsstreites, vor demselben Richter Mehrere klagen und beklagt werden, wodurch alsdann *Streitgenossen* (litis consortes) entstehen.

(a) *Nach Verschiedenheit der Proceſsart erhalten Kläger und Beklagte auch wohl andere Namen, darum aber sind sie doch immer Kläger und Beklagte.*

(b) *Bey den sogenannten judiciis duplicibus sind beyde Parthieen Fordernde und Beklagte. Wenn auch gleich hier derjenige, welcher zuerst das Gericht angeht, oder für welchen das Loos entscheidet (V. 1. fr. 14), den Namen des Klägers führen muſs, so darf man doch nicht vergessen, daſs dieses alsdann blos ein Namen sey.*

Die *an sich statthafte* Vereinigung solcher Consorten kann, sie mag auf Seiten des Klägers oder des Beklagten eintreten, ohne Zustimmung des Gegentheils, hervorgebracht werden, nur der Kläger aber kann von Seiten des Beklagten eine solche Vereinigung selbst *erzwingen*, wenn er die mehreren aus ein und demselben Rechtsgrunde zu belangenden als Consorten belangt, welches zu thun er wohl *befugt*, aber, selbst bey vorhandener Untheilbarkeit des Gegenstandes der Rechtsverfolgung, (wegen der hier stattfindenden Correal-Obligation) nicht *verbunden* ist. (a)

Dem *Anscheine* nach dürfte man zwar eine Ausnahme von der Regel: daſs jeder Rechtsstreit nur zwischen *zwey* Parthieen verhandelt werde, alsdann zu finden glauben, wenn in einem schon anhängigen Rechtsstreite noch sogenannte *Intervenienten*, *Litisdenunciaten* und *Adcitaten* erscheinen; *in der That* ist aber in solchen Fällen doch keine Ausnahme vorhanden.

(a) *Vergl. Martin in dessen und Walchs Magazin für den gemeinen deutsch. bürgerlichen Proceſs. B. 1. H. 1. Abh. 1. in welcher gründlichen Abhandlung die zum Theile entgegenstehende Meinung Gönners (Handb. I. S. 308) berichtigt ist. Vergl. III. 40. Cod. c. 1.*

Wenn nämlich, nach dem Anfange eines Rechtsstreites zwischen zwey Parthieen, ein Dritter, zur Wahrung seiner Gerechtsame bey dieser Sache, freywillig als handelnder Theil auftritt, so nennt man diefs eine *Intervention.* Erlaubt ist diese Intervention nicht nur 1.) wenn der Dritte in Ansehung des ganzen Gegenstandes des Rechtssreites, oder eines Theils desselben, ein eigenes Recht, zur Ausschliessung der bisherigen Parthieen, zu verfolgen hat (*Hauptintervention*); sondern auch 2.) so oft das Recht eines Dritten für diesen eine Gemeinschaftlichkeit des Endzweckes mit der einen Parthie, und dadurch eine Befugnifs zur Streitgenossenschaft begründet, sey es nun, dafs jene Gemeinschaftlichkeit des Endzwecks durch ein zu verfolgendes, eigenthümliches und von dem der Parthieen unabhängiges Recht erzeugt werde (*gemischte* Intervention) oder nicht (*Nebenintervention*) (a).

Die Hauptintervention mufs, ihrem Begriffe nach, immer einen neuen Rechtsstreit

(a) *Vergl. überh. Gönner Th. II. n. XXIX. Das nähere des Verfahrens bey Interventionen, Litisdenunciationen und Adcitationen wird unten vorkommen.*

zwischen dem Intervenienten als Kläger und den bisherigen Parthieen (wenn sich nicht eine derselben freiwillig zurückzieht), als durch das gemeinsame Interesse an der Ausschliessung des Intervenienten verbundenen beklagten Streitgenossen, begründen. Bey den übrigen Arten der Intervention aber kann zwar wohl ein Incidentstreit zwischen dem Intervenienten als Kläger und einer oder beiden Parthieen als Beklagten über die Zulässigkeit der Intervention, nach erklärter oder nicht bestrittener Zulässigkeit hingegen nur eine Streitgenossenschaft des Intervenienten mit der einen Parthie entstehen.

Wenn Dritte, welche als Intervenienten aufzutreten berechtigt gewesen wären, nicht freiwillig auftreten, so erlauben die Gesetze mitunter den Parthieen oder dem Richter, sie dazu aufzufordern. Ersteres geschieht in Ansehung derer, an welche die eine Parthie den Regreſs hat, durch die *litis denunciatio*, lezteres in den wenigen Fällen, wo Ausnahmsweise ein, mit der einen Parthie verbundener Dritter in dem Processe handeln muſs, durch die *Adcitatio;* allein es fällt in die Augen, daſs diese Denunciaten und Adcitaten, wenn sie nun auftreten,

treten, keine andere Rolle spielen können, als welche sie, wären sie freiwillig als Intervenienten aufgetreten, hätten übernehmen müssen.

§. 58 *a*.

Rechte und Verbindlichkeiten der Parthieen im Allgemeinen.

Beyde Theile haben *gleiche* Rechte auf das richterliche Gehör. Mit bewundernswürdiger Consequenz wird dieser, aus der Natur der Sache fließende Grundsatz von unsern Gesetzen, selbst in allen Ausnahmen von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens, bestätigt. Dagegen kann die Lage der Parthieen in so ferne nicht gleich seyn, als natürlicher Weise es in Ansehung der Folgen nicht einerley seyn kann, ob man Ansprüche bildet und dadurch den actuellen, oder zugegebenen Zustand der Rechte des Andern angreift (Kläger), oder ob man sich in dem passiven Vertheidigungszustande gegen Angriffe befindet (Beklagter im juristischen Sinne (a)) (b).

(a) *Denn die Actenrubrik ist nicht immer diesen Begriffen ganz entsprechend. XXII. 3. D. fr. 19. pr.*

(b) *L. 17. D. fr. 125.*

Die allgemeinen Verbindlichkeiten der Partheien fliessen zum Theile aus dem Rechtsverhältnisse derselben unter sich, zum Theile aus dem Rechtsverhältnisse derselben zum Richter.

I.) Auch in gerichtlichen Vorträgen müssen beyde Theile als Subjecte von Rechten sich achten und aller Injurien gegen einander sich enthalten. Die dem Richteramte gebührende Achtung dagegen, welche nie ohne Strafwürdigkeit, selbst bey gegründeten Beschwerden, vergessen werden darf, erfordert Beschränkung der rechtlichen Ausführungen auf die Erörterung der streitigen Rechte und kann daher öfters auch solche unnütze Ausfälle und Witzeleyen ahndungswürdig machen, gegen welche eine Injurienklage des Gegentheils vielleicht nicht begründet werden könnte (a).

II.) Absichtliche muthwillige Streitsucht (temerarium litigium) ist Verletzung der Rechte der Gegenparthie und Beleidigung für das, zum Befriedigungsmittel der Chicane herabgewürdigte Gericht. Die Verbindlichkeit zum vollesten Schadensersatze trift daher den

(a) *Weber von Injurien Th. III. J. R. A. §.* 165.

muthwilligen Streiter mit demselben Rechte, mit welchem er einer verdienten Strafe (Verweise und Geldbuſse) von den Gesetzen unterworfen wird. (a) Damit die Ausbrüche der Streitsucht seltner die Gerichte belästigen mögten, haben die Gesetze auch die Verbindlichkeit zur Ableistung der Eide für Gefährde eingeführt, wovon §. 69.

III.) Die mit der deutschen Justitzpflege nothwendig verknüpften Kosten muſs zwar derjenige, welcher sie veranlaſst, vorschiessen, dagegen ist der Unterliegende in der Regel zu der *Erstattung* derselben verbunden. Nicht Meinungen der Rechtsgelehrten, rechtliche Gutachten und Präjudicien, sondern allein die Unwissenheit des Sachfälligen in Ansehung solcher Handlungen eines Dritten, deren Erweis dem Sieger oblag, kann ein, die Kosten *vergleichendes und gegen einander aufhebendes* Erkenntniſs (b) rechtferti-

F 2

(a) *Tit. J. de poena temere litig. (IV. 16.) V. 3. D. fr. 45.*

(b) *Vergleichung findet aber nicht Statt, wenn einer in einem Puncte obsiegt, in dem andern unterliegt. Hier muſs vielmehr in Ansehung*

gen. Nie braucht indessen mehr erstattet zu werden, als man durch seine ungerechte Processführung wirklich veranlasst hat, und daher können bey einem *allgemeinen* Urtheile in Ansehung der Kosten 1.) nie die *freiwilligen*, sondern nur die *nothwendigen* (gleichviel ob gerichtlichen oder aussergerichtlichen) Kosten zurückverlangt werden, und immer 2.) trägt selbst derjenige, welchem sonst die Kosten erstattet werden müssen, doch diejenigen, welche er durch seine eigne Schuld veranlasst, oder durch einen Zufall, welcher seine Person betroffen, genöthigt, hat veranlassen müssen. (a)

jeden Punctes besonders geurtheilt werden, und es ist nur zufällig, wenn gegenseitige Aufhebung hiervon die Folge seyn sollte.

(a) *Vergl. A. D. Weber über Processkosten, deren Vergütung und Compensation 4te Aufl.* 1798. *Dagegen vorzüglich Emmrich über Processkosten, deren Erstattung und Compensation Th. I. — Ob ich gleich, vorzüglich in Hinsicht des V. A.* 1713. §. 82., *der Meinung dieses Gelehrten nicht beypflichte, so kann ich doch den Wunsch nicht bergen, dass seine, übrigens sehr bestimmten Grundsätze endlich einmal von denjenigen beherzigt werden mögten, welche mit der unverzeihlichsten Gleich-*

§. 58 *b*.

Fortsetzung. Vom Armenrechte.

Ob indessen gleich in Deutschland keine unentgeltliche Justitzpflege Statt findet, so sollen doch diejenigen, welche, nach Abzug der nothwendigsten Bedürfnisse, nichts zur Bestreitung der Proceſskosten übrig behalten (*Arme*), nicht an der Verfolgung ihrer Rechte gehindert werden. Diesen wird, wenn sie ihre Armuth erwiesen, oder, in Ermangelung vollen Beweises, durch den Armeneid erhärtet haben, ein rechtlicher Beystand zur *einstweiligen* unentgeltlichen Hülfe bestellt. Alle Sporteln und sonstige Gebühren (a) aber werden *vor der Hand* nur *annotirt*, und die denselben durch das Urtheil aufgelegte Verbindlichkeit in Ansehung der Kosten wird erst, wenn sich die Umstände derselben verbessert haben, realisirt.

gültigkeit aus den läppischsten Gründen Kostencompensation Statt finden lassen. Von der Aussetzung der Kosten cf. Martin de iuste suspendendo iudicio de expensis. Gött. 1799.

(a) *Selbst von dem Gebrauche des Stempelpapiers sind die Armen befreit. An die Stelle des Stempels kömmt ein: pro paupere.*

§. 59.

Nebenpersonen. 1.) Procuratoren. Syndiken.

Unter den Procuratoren (a) versteht man diejenigen, welche die gerichtlichen Geschäfte eines Andern, vermöge eines von diesem selbst, oder denjenigen, welche für denselben rechtlich zu verfügen im Stande sind, erhaltenen Auftrags (b), besorgen. Wenn sie von einer Personengemeinheit bestellt sind, so erhalten sie den Namen *Syndiken.* Sie sind entweder *öffentliche* oder *Privat-Procuratoren.*

§. 60.

Fortsetzung. Wer kann einen Procurator bestellen? Wer kann den Auftrag übernehmen?

Die Befugnisse des Procurators werden durch den erhaltenen Auftrag bestimmt; mithin hängt die Entscheidung der Frage: ob und in wieferne jemand einen Procurator bestellen könne? ganz allein von der Beantwor-

(a) *Synonim sind die Worte: Gewalthaber, Anwalt, Sachwalter, Agenten u. d. gl.*

(b) *Der Procurator kann aber in fremden Namen zu seinem eigenen Nutzen die Geschäfte verwalten. Dann heißt er Procurator in rem suam, sonst in alienam.*

tung der Frage ab: ob und unter welchen Bestimmungen derselbe überhaupt befugt sey, Consensual - Contracte zu schliessen? (a) — Eben so kann jeder, der Consensualcontracte zu schliessen im Stande ist, die Stelle eines Bevollmächtigten übernehmen. Weil aber der Procurator die Führung von *Rechtsgeschäften* übernimmt, und deswegen vor Gerichte erscheint, so erfordern die Gesetze nicht nur, daſs demselben keiner der §. 55. im Anfange bemerkten, Unfähigkeit erzeugenden Mängel entgegenstehe (b), sondern sie verbieten auch noch auſser diesem die Uebernahme der Procuratur, 1.) den *Weibern* (c),

(a) *Vergl. die meisten Fragm. des 3. Tit. des 5. Buchs der Pandekten. Von dem Unterschiede zwischen actor et procurator, welcher heutzutage bloſser Namensunterschied ist. Von der Bestellung eines Syndici.*

(b) *III. 3. Dig.*

(c) *III. 3. fr. 41. Cod. II. 13. const. 18. Doch sind ausgenommen 1.) die procurationes in rem suam ibid. const. 4. 2.) Sachen ihrer Eltern, wenn diese selbst zu erscheinen auſser Stande sind, und sich niemand ihrer annimmt III. 3. fr. 41. 3.) Wenn sie für die Freiheit ihrer Eltern, Kinder, Geschwister und Man-*

2.) den *Minderjährigen* (a), 3.) den *Ehrlosen* (b), und *wegen eines Verbrechens Angeklagten* (c), 4.) den *Soldaten* (d), 5.) den *Geistlichen* (e), 6.) Denjenigen, welche durch Macht oder Ansehen in einem solchen Verhältnisse zu der Gegenparthie, oder dem Richter stehen, dafs Concussionen zu befürchten wären (potentiores) (f).

nes in Ermangelung Anderer streiten XL. 12. *fr.* 3. *§.* 2.

(a) *I.* 19. *c.* 5. *in* 6*to. Die römischen Gesetze stimmen hiermit nicht überein III.* 3. *fr.* 51. *Cod II.* 13. *const.* 12. — *Es versteht sich übrigens, dafs hier von Privat-Procuratoren die Rede sey.*

(b) *c.* 1. 2. *C.* 3. *q.* 7.

(c) *Cod. II.* 13. *const.* 6.

(d) *Die procurationes in rem suam und Sachen, welche das Regiment oder die Compagnie betreffen, sind auch hier ausgenommen. III.* 3. *fr.* 8. *§.* 2. *fr.* 54.

(e) *III.* 50. *X. c.* 4. *Jedoch ist dieses Verbot nur auf weltliche Geschäfte beschränkt.*

(f) *Cod. II.* 14. *durchaus. Auch dieses pafst nur auf Privat-Procuratoren.*

§. 61.

Fortsetzung. In welchen Fällen kann und in welchen muſs ein Procurator bestellt werden?

Der Regel nach kann in jeder Civilsache ein Procurator für die Parthie erscheinen, nur muſs nicht von einer Handlung die Rede seyn, welche ihrer Natur nach von der Parthie selbst vorgenommen werden *muſs*, wie die *Ableistung* des Haupteides. (a) Es steht aber auch dem Richter frey, das persönliche Erscheinen der Parthieen überall, wo der Zweck einer bestimmten gerichtlichen Handlung auſserdem gar nicht, oder doch mit minderer Wahrscheinlichkeit würde erreicht werden können, zu verlangen. (b)

Dagegen giebt es auch Fälle, wo ein Procurator bestellt werden *muſs*. Dieses flieſst in Sachen ganzer Gemeinheiten, mehrerer

(a) *C. IV. 1. const. 12. Nov. 124. c. 1. Eine Ausnahme wird durch die Einwilligung der Gegenparthie und die Observanzen mehrerer Gerichte begründet.*

(b) *II. 1. c. 1. in 6to. Ein vorzügliches Beyspiel giebt der Versuch der Güte.*

Streitgenossen (a) und derjenigen Parthieen, welche nicht an dem Orte des Gerichts wohnhaft sind, schon aus der Natur der Sache. Die Verfassung einzelner Gerichte Deutschlands macht es aber noch in mehreren Fällen nothwendig.

§. 62.

Fortsetzung. Legitimation zum Processe. Präsumtive Sachwalter.

Die Bestellung des Procurators beruht auf einer Thatsache, welche Gegenstand des Beweises ist. Die Herstellung dieses Beweises nennt man die *Legitimation zu dem Processe* (b). Wer diese entweder überhaupt, oder doch von einem gewissen Zeitpunkte an nicht beybringen kann, heiſst ein *falscher Procurator*. Weil die Verhandlungen eines solchen nothwendig, in so ferne sie nicht ge-

(a) *XLVI. 7. D. Fr. 5. ʃ. 7. jedoch nur, wenn es der Gegentheil verlangt.*

(b) *Davon unterscheidet sich die Legitimation zur Praxis. Ueberhaupt ist zu dieser Lehre zu vergl. L. F. Dapp Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceſs. Frankfurth 1789.*

nehmiget werden (a), mit unheilbarer Nichtigkeit behaftet sind, so gehört es zu den Befugnissen der Gegenparthie und zu der Amtspflicht des Richters, für die Berichtigung des Legitimationspunktes thätig zu seyn.

Diese Legitimation geschieht, indem entweder der Gewaltgeber es mündlich zu Protocoll erklärt, oder durch concludente Handlungen zu erkennen giebt (b), daſs er den N. N. bevollmächtigt habe, oder indem der Procurator eine gehörig ausgefertigte Vollmacht zu den Acten bringt. Nur einige Fälle giebt es, wo die Gesetze, vermöge des Verhältnisses des angeblichen Procurators zu der Parthie, den geschehenen Auftrag *vermuthen.*

(a) *V. 1. fr. 56. Von den unnöthigen Einschränkungen, welche hier viele zu machen suchen s. Glück a. a. O. §. 399.*

(b) *Dahin gehört 1.) wenn die gegenwärtige Parthie einen andern für sich handeln läst, ein Auftrag, welcher immer nur speciell ist. IV. 10. J. §. 1. 2.) Wenn eine Parthie die zu ihrer Sache gehörenden Urkunden jemanden übergiebt und keine andere Ursache hiervon angenommen werden kann, als die, daſs dieser Mann jene Sache gerichtlich verhandeln solle.*

Zu diesen vermutheten Sachwaltern (procurator praesumtus, quasi procurator) gehören 1.) die natürlichen rechtmäſsigen Verwandten in gerader Linie und in der Seitenlinie bis zum zweyten Grade der Civilcomputation (a). Dasselbe gilt von den Verschwägerten, so lange die Ehe, welche die Schwägerschaft begründet, noch fortdauert (b). 2.) Der Ehemann in Ansehung des Paraphernal - Vermögens der Ehefrau (c). 3.) Streitgenossen (d) und Mitglieder einer Gemeinheit in Ansehung derjenigen Rechte, woran die Einzelnen ge-

(a) *III. 3. fr. 35 pr. Unter mehreren giebt die Nähe des Grades, unter Geschwistern die Vollbürtigkeit vor der Halbbürtigkeit den Vorzug.*

(b) *III. 3. fr. 35. verb. mit III. 1. fr. 3. §. 1.*

(c) *II. 13. C. const. 21. Hat die Frau dem Manne die zu ihrem Paraphernal - Vermögen gehörenden Verbriefungen übergeben, so kann der Mann in Ansehung dieser Forderungen ohne Auftrag handeln V. 14. Cod. c. ult. In den Landen, wo der Mann auch von dem Paraphernalvermögen die gesetzliche Verwaltung und Nutznieſsung hat, kann er natürlich ohne allen Auftrag handeln.*

(d) *C. III. 40. const. 2.*

meinschaftlichen Genuſs haben (a), — jedoch nur nach der Einlassung (b). Der gesetzlichen Vermuthung darf aber natürlich kein Grund entgegen stehen, und es wird mit Recht von dem vermutheten Sachwalter Sicherheitsleistung wegen der Genehmigung (cautio rati) verlangt (c).

§. 63.

Fortsetzung. Allgemeine und besondere Vollmacht.

Die Gewalt und die Befugnisse des Procurators werden durch den Willen der Contrahenten, welchen uns in der Regel der Inhalt der Vollmacht zu erkennen giebt, bestimmt. Hierdurch kann nun I.) der Procurator zur Besorgung aller jetzigen und künftigen Rechtssachen des Gewaltgebers, oder nur zur Besorgung eines bestimmten Rechtsstreites, und in diesem Falle wieder entweder im Allgemeinen zur Besorgung dieses Rechtsstreites, oder nur zur Besorgung einzelner Handlungen in diesem bestimmten

(a) *arg. III. 4. fr. 7. §. 1. Glück a. a. O. §.* 388.

(b) *C. III. 40. const. 2. welches Gesetz aber noch sehr bestritten ist. Glück a. a. O.*

(c) *III. 3. fr. 40. §. 2. 3. C. II. 13. const. 21.*

Rechtsstreite beauftragt worden seyn. In beyden Rücksichten ist daher die Eintheilung der Procuratoren in *generelle* nnd *specielle* begründet. Man darf aber nicht vergessen, daſs eine *generelle* Vollmacht, sey sie der ersten oder zweyten Art, an und für sich dem Procurator nicht die Befugniſs zur Unternehmnng solcher Handlungen gebe, auf welche die allgemeine Bestimmung des Willens, seinen Rechtsstreit durch einen andern betreiben zu lassen, darum nicht mitgerichtet scheinen kann, weil sie nicht bloſs und allein durch die rechtliche Ordnung des Verfahrens nothwendig werden, sondern die Willkühr und das Gutbefinden der Parthie bey denselben, ihrer Natur nach, einen groſsen Spielraum haben muſs (a). Auf solche Handlungen muſs daher die Vollmacht bestimmt gerichtet seyn, es sey denn, daſs die allgemeine Vollmacht die Clausel: Ich gebe meinem Sachwalter die freie Gewalt, alles dasjenige zu verrichten, was ich selbst, wenn ich zugegen wäre, verrichten

(a) *Dieses scheint mir die allgemeine, bestimmten Verordnungen zum Grunde liegende Regel zu seyn. Vergl. XII.* 1. *fr.* 17. *fin. I.* 19. *c.* 4. *in 6to. III.* 3. *fr.* 60.

könnte, würde, oder sollte (mandatum cum libera), — oder eine ähnliche enthielte (a).

§. 64.

Fortsetzung. Mehrere Anwälte. Afteranwälte. Eigenthum des Rechtsstreites.

Es kann II.) zur Besorgung desselben Geschäftes *Einer*, es können *Mehrere* beauftragt worden seyn, und in diesem Falle entweder alle als *Hauptanwälte* (proç. principales) oder einer (einige) als Hauptanwalt, einer (einige) als *Substitut* (*Afteranwalt*), der nur dann handeln soll, wenn der Hauptanwalt selbst zu handeln verhindert würde. Sind mehrere als Hauptanwälte bestellt worden, so hebt in der Regel die neuere Vollmacht die ältere auf (b); wo aber dieses nicht angenommen werden kann, da sind die Mehreren, gemeinschaftlich zu handeln, verbunden und befugt (c), und keiner kann ohne den andern handeln, es müfsten denn die Ausdrü-

(a) *I. 19. c. 4. in 6to. Ohne Grund reflectirt die gewöhnliche Praxis der meisten Gerichte hierauf nicht.*

(b) *III. 3. fr. 31 §. 2.*

(c) *I. 19. c. 6. in 6to.*

cke der Vollmacht es besonders erlauben (a), oder gar aus denselben abzuleiten seyn, daſs jeder derselben das ganze Geschäfte ausschliessend vorzunehmen befugt seyn solle, in welchem Falle derjenige, welcher zuerst sich der Besorgung unterzieht, die anderen ausschlieſst (b).

Der Anwalt hat, wenn ihm dieses nicht ausdrücklich zugestanden worden ist, nicht die Befugniſs, einen Afteranwalt zu bestellen, denn wir kennen nicht mehr ein Eigenthum des Anwaltes an dem Rechtsstreite, welches dieser, nach römischen (c), canonischen (d) und selbst deutschen Reichsgesetzen

(a) *Dieses wird z. B. durch die Worte: sammt und sonders bewirkt.*

(b) *I. 19. c. 6. in 6to III. 3. fr. 32. In den römischen Gesetzen ist diese Entscheidung die allgemeine, und es wäre zu wünschen, daſs sie es noch wäre. — Man glaubt, daſs die Worte: sammt oder sonders den hier unterstellten Fall andeuten sollten; allein im Grunde enthalten sie nichts anders, als die Not. a. angeführten. Am besten enthält man sich ganz solcher dunklen Ausdrücke.*

(c) C. *II.* 13. *const.* 22. 23.

(d) *I.* 19. *c.* 1. *in 6to et passim.*

tzen (a), durch die Litiscontestation erwarb, da neuere Reichsgesetze den entgegengesetzten Gerichtsgebrauch hinlänglich dadurch bestätigen, daſs sie die sogenannte clausulam heredum und substitutionis für *nothwendig* erklären (b).

§. 65.

Fortsetzung. Ende der Procuratur.

Das Amt des Procurators erlöscht 1.) durch den Tod desselben (c), nicht so durch den des Gewaltgebers, seitdem die clausula heredum zu den nothwendigen Clauseln der Vollmacht gehört. 2.) Durch die wechselseitige Aufhebung des Mandatscontracts, und endlich 3.) durch die ausdrückliche oder still-

(a) *R. A.* 1507. *Tit.* 36. §. 6. *K. G. O. I.* 31. §. 9. 12.

(b) *I. R. A.* §. 99. *und* 100. *Die clausula substituendi dagegen, wodurch dem Anwalte das Recht zu substituiren ertheilt wird, ist blos eine* n ü t z l i c h e.

Von den übrigen gewöhnlichen Clauseln der Vollmachten.

(c) *Anders nach römischen Gesetzen (Cod. II.* 13. *const.* 23) *wovon der Grund in dem, uns unbekannten dominio litis liegt.*

schweigende (a) einseitige (b). Jedoch ist es räthlich, bey jeder, einseitigen sowohl als wechselseitigen Aufhebung, dem Richter eine Anzeige davon zu machen, wenn gleich dieses nicht mehr, wie ehemals (c), nach der litis contestatio als nothwendig betrachtet werden kann.

Der Gewaltgeber hat natürlich, wegen des Betrugs sowohl als der Nachläſsigkeit, seinen Regreſs an den Sachwalter, jedoch pflegt bey uns, dem römischen Rechte entgegen (d), einem auf diese Art benachtheiligten Gewaltgeber auch brevi manu Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt zu werden (e).

(a) *I.* 19. *c.* 8. *in* 6*to* *III.* 3. *fr.* 17.

(b) *III.* 3. *fr.* 8. *fin.* 9. 10. 43. 44.

(c) *I.* 38. *X* *c.* 13. *I.* 19. *c.* 2. *in* 6*to.*

(d) *C.* *II.* 13. *const.* 10.

(e) *Das R. K. G. hat eben so provisorisch entschieden s. Reuſs Beyträge zur reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis B. III. S.* 194. *folg. Die von Gönner Erört. zu Danz n. V. aufgestellte Behauptung, daſs, vermöge Extensivinterpretation, auch dasselbe bey nachtheiligen Schritten des Advocaten Statt*

§. 66.

2.) *Rechtliche Beystände, Advocaten.*

Unter *Advocaten* versteht man diejenigen, welche Andern in rechtlichen Angelegenheiten mit Rath und That an die Hand gehen. Die Nothwendigkeit derselben bey unserer Verfassung ist der Grund, warum man bey unsern Gerichten gewöhnlich die Advocatur, als ein von Staatswegen aufgetragenes, sehr häufig mit der öffentlichen Procuratur verbundenes, aber darum doch von dieser verschiedenes Amt findet. Wenn indessen hierüber nichts Bestimmtes verordnet ist, so können bey den Gerichten, bey welchen öffentliche Advocaten angestellt sind, dennoch auch andere advociren, sobald sie nur die gehörigen Fähigkeiten dazu besitzen (a) und es ihnen nicht

finden müsse, dürfte wohl nicht ganz gerechtfertigt werden können cf. Wernher *T. II. P. VIII. obs.* 363.

Von der gegen die nachlässigen Sachwalter nothwendigen Strafe, welche aber nicht Geldstrafe seyn darf, s. Gönner *a. a. O. n. VI.*

(a) *Wo der Richter dieses nicht findet, da kann er die Parthie von Amtswegen anhalten, sich*

gesetzlich verboten ist, wie den Weibern (a), den Geistlichen das Advociren bey weltlichen Gerichten und gegen die Kirche (b), und dem, welcher in derselben Sache richten soll (c). Viele andere Verbote der römischen Gesetze passen zu unsrer Gerichtsverfassung nicht mehr (d).

§. 67.

Fortsetzung. Allgemeine Verbindlichkeiten des Advocaten.

Es ist gegen die, selbst durch Gesetze sanctionirte Pflicht des rechtlichen Beystandes,

eines fähigen rechtlichen Beystandes zu bedienen, sobald sie sich nicht selbst zu helfen vermag. III. 1. fr. 1. §. 4.

(a) *ibid. §. 5.*

(b) *l. 37. X. c. 1. et 3. Schwerlich dürften indessen die Bestimmungen dieses und des in der vorhergehenden Note angeführten Gesetzes bey den meisten unsrer Gerichte, wo der Advocat nicht einmal im Gerichte zu erscheinen braucht, Anwendung finden können.*

(c) *Cod. II. 6. const. 6. Etwas anderes ist, wenn von dem Spruche eines Richters an den Oberrichter appellirt worden ist.*

(d) *Vergl. Claproth, Einl. in d. ord. Proc. §. 72.*

sich zum Verfechter von boshaften Ränken und Chicanen misbrauchen zu lassen, weswegen mit Recht die Uebernahme der Ausführung eines Rechsstreites, von dessen Unrechtlichkeit er subjectiv überzeugt seyn *muſste*, oder doch, bey einigem Nachdenken, hätte überzeugt seyn können, als eine strafwürdige Handlung betrachtet wird (a). In Ansehung des einmal übernommenen Rechtsstreites verbinden die Gesetze den Advocaten zu dem höchstmöglichen Fleisse (b), weswegen derselbe für jeden, durch seine Schuld gestifteten Schaden haften muſs (c). Der Irrthum des Advocaten aber, in soferne er *factische Umstände* oder *besondere Befreiungen* betrifft (denn in Ansehung des gemeinen Rechts ist der Richter von Amtswegen zur Verbesserung verbunden (d)), kann zu jeder Zeit,

(a) *III. 1. Cod. const. 14. §. 1.*

(b) *Vollständige Manualacten, für welche der Advocat auch wegen der Möglichkeit einer künftigen nothwendigen Redintegration der gerichtlichen Acten aus denselben, besorgt seyn muſs, sind hierzu ein vorzügliches Mittel.*

(c) *const. alleg.*

(d) *Cod. II. 11. const. un.*

selbst noch nach dem Beschlusse der Sache, wiederrufen werden (a); es sey denn derselbe in Gegenwart des Clienten beym mündlichen Vortrage, oder in einer von diesem unterschriebenen Schrift begangen worden, in welchem Falle derselbe längstens binnen drey Tagen wiederrufen werden muſs (b). — Auſser diesem ist es Verbindlichkeit der Advocaten, die Geheimnisse der Clienten unverbrüchlich zu bewahren (c), den Proceſs nicht muthwillig in die Länge zu ziehen (d), und nie, mit Verletzung der Wahrheit oder der, dem Richter schuldigen Achtung, sich zu Schmähungen und Injurien zu erniedrigen (e). Die Nichtbeobachtung dieser Verbindlichkeiten hat Ahndungen, und besonders in dem ersten Falle harte Strafen zur Folge (f).

(a) *Cod. I. 18. const. 7. Der Irrthum muſs aber natürlich bewiesen werden. C. II. 10. const. 2.*

(b) *C. II. 10. const. 3.*

(c) *XXII. 5. fr. 25.*

(d) *C. II. 6. const. 6. §. 4. u. II. 11. const. 13. §. 9. const. 14. §. 1.*

(e) *C. II. 6. const. 6. §. 1.*

(f) *vergl. d. angef. Gesetze.*

§. 68.

Fortsetzung. Honorarium der Advocaten.

Nach aufgehobenem Cincischem Gesetze dürfen die Advocaten eine angemessene Belohnung ihrer Mühe (honorarium) fordern (a). Die Gröfse derselben kann nun entweder *vertragsmäſsig* bestimmt, oder der Berechnung des Advocaten überlassen worden seyn. Im ersteren Falle muſs der geschlossene Vertrag, durch welchen auch eine jährliche Besoldung (salarium) bedungen werden kann, durchaus entscheiden, es wäre denn, daſs derselbe, als den Gesetzen zuwider, nicht bestehen könnte. Zu solchen, durch die Gesetze für ungültig erklärten Verträgen gehört derjenige, wodurch sich der Advocat, Statt seiner Belohnung, einen Theil von dem durch den Proceſs zu erlangenden Gewinnste versprechen läſst (pactum de quota litis (b)), und nicht minder derjenige, wodurch, *vor geendigtem Processe*, auſser der Belohnung noch ein Vortheil auf den Fall des Sieges (palmarium) bedungen wird (c). In dem letzten Falle hat

(a) *C. II.* 6. *const.* 3. *L.* 13. *fr.* 1 *ſ.* 9.

(b) *C. II.* 6. *const.* 5.

(c) *L.* 13. *fr.* 1. *ſ.* 12.

der Advocat eine entweder nach der gesetzlichen und herkömmlichen Taxe einzurichtende, oder, in Ermangelung dieser, eine der ihm für seinen Zeitverlust gebührenden Entschädigung angemessene Berechnung (Deservitenrechnung), deren Unverhältnifsmäsigkeit durch richterliche Mäſsiguug sogleich aufgehoben werden kann (a), einzureichen. Der Advocat hat das Recht, die Acten des Processes, welche er zu eigenem Gebrauche halten muſs (Manualacten), so wie die Urkunden, welche er in Händen hat, obgleich beyde ein Eigenthum des Clienten sind, bis zur erfolgten Bezahlung zurückzuhalten (b); auch kann er erwarten, daſs der Richter, auf sein Ansuchen, ihm auf das schleunigste zu der Bezahlung verhelfen werde (c).

Das dem Advocaten vorausbezahlte Honorarium oder Salarium kann zwar, wenn es nicht für jede Arbeit besonders verrechnet werden muſste, von den Erben desselben, auch wenn er es selbst noch nicht hätte for-

(a) *Worauf hat hier der Richter zu sehen?*

(b) *arg.* *III.* 3. *fr.* 25. 26.

(c) *C.* *III.* 1. *const.* 13. §. 9.

dern können, nicht zurückgefordert werden (a); dagegen aber können di Erben von dem, im Ganzen versprochenen Honorar, wenn der Advocat vor geendigter Arbeit stirbt, nur so viel verlangen, als mit den geleisteten Arbeiten im Verhältnisse steht, und von der jährlichen Besoldung überträgt der, während des Laufs des Jahres verstorbene Advocat nur so viel auf seine Erben, als verhältnißmäßsig davon auf den verflossenen Theil des Jahres fällt (b).

§. 69.

Anhang. Von dem gesetzlichen Vorbeugungsmittel gegen die Chicanen der streitenden Theile überhaupt.

Eid für Gefährde.

Noch verdient am Ende der Lehre von den streitenden Theilen ein von den Gesetzen zur Unterdrückung der Chicanensucht eingeführtes Mittel Erwähnung. Es ist dieses der sogenannte *Eid für Gefährde* (juramentum ca-

(a) *L.* 13. *fr.* 1. *ʃ.* 13.

(b) *arg.* XXXIII. 1. *fr.* 10. *pr.* — *Die Verordnung in C. II.* 7. *const.* 15. *ʃ.* 1. *möchte wohl auf unsre advocatos fisci nicht mehr anwendbar seyn.*

lumniae), bey welchem der Schwörende versichert, daſs er, von der Rechtlichkeit seines Vorhabens überzeugt, nicht aus Chicane gegen die andere Parthie handle. Auf einzelne processualische Handlungen (a) gerichtet (juramentum calumniae speciale), war dieser Eid den Römern schon vor Justinian bekannt; auf den ganzen Proceſs gerichtet hingegen (juramentum calumniae generale), ist er eine zwar wohlgemeinte, wenn gleich weniger wohl durchdachte Erfindung Justinians (b), welcher diesen Eid, als in jedem Processe von beyden Parthieen und ihren Sachwaltern gleich nach der Einlassung schlechthin zu leisten, vorschrieb. Deutsche und canonische Gesetze haben den

(a) *Nach römischen und deutschen Gesetzen kommt dieser vorzüglich vor bey den zweyten Fristverlängerungs - Gesuchen (Nov. 90. c. 4. verb. mit J. R. A. §. 50.), bey Eideszuschiebungen (XII. 2. D. fr. 37. vergl. jedoch* Malblanc *doctr. de jurej. §. LIV.) bey Gesuchen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Nothfristen und Urtheile wegen neuen Beweises. Auch gehört hieher der Appellationseid (J. R. A. §. 117. 118.) der Revisionseid (J. R. A. §. 125) das juramentum dandorum et respondendorum u. s. w.*

(b) *II. 59. Cod.*

Gebrauch dieses Eides in beyder Hinsicht bestätigt (a), ja den speciellen (als juramentum malitiae) noch nach abgeleistetem generellen für zulässig erklärt (b); indessen ist es klar, dafs, obgleich eben diese Gesetze den Partheien erlauben, sich denselben ausdrücklich oder stillschweigend zu erlassen (c), ja auch durch einen Bevollmächtigten abschwören zu lassen (d), und obgleich eben darum der Richter *in der Regel* (e) nicht genöthigt ist, ex officio auf Ableistung desselben zu erkennen, dennoch eine allgemeine Abschaffung desselben, welche in Ansehung der generellen in Sachsen und gröstentheils auch ausser Sachsen einstweilen durch den Gerichtsgebrauch geschehen ist, einer vernünftigen Gesetzgebung würdiger wäre (f).

(a) *tit. Cod. all. Nov.* 124. *c.* 1.

(b) *II.* 7. *X. II.* 4. *in 6to J. R. A. §.* 43.

(c) *J. R. A. §.* 41. 43. *II.* 4. *c.* 2. *in 6to.*

(d) *II.* 7. *X. c.* 6. 7. *II.* 4. *c.* 2. *in 6to. J. R. A. §.* 43. *C. O. C. P. I. t.* 87. *III. t.* 38.

(e) *wo der Eid nothwendige Formalität eines Rechtsmittels ist, fällt dieses weg.*

(f) *Ausser Malblanc §. LXXXIX. et. XC. vergl. vorzüglich von Schmidt -- Phiseldeck über den Eid §.* 4. *Einigen Personen ist*

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von den Objecten der Verhandlung.

§. 70.

Wichtigkeit einer genauen Betrachtung derselben.

Wie wichtig es, für die Parthieen sowohl und ihre Beystände, als auch für den Richter seye, den Gegenstand des Streites einer genauen Betrachtung zu unterwerfen, erhellet zum Theile schon aus dem bisher vorgetragenen, indem wir nur mit Hülfe dieser Untersuchung im Stande waren, die Frage: welches Gericht das zuständige sey? in ihrem ganzen Umfange zu beantworten. Allein diese Rücksicht ist nicht die einzige, welche uns von der Nothwendigkeit einer solchen Betrachtung überzeugen kann. Auch die wich-

übrigens dieser Eid geseszlich erlassen. Vergl. alleg. tit. Cod. et 6ti Decret. libri J. R. A. §. 43. XII. 2. D. fr. 34. §. 4. verb. mit XXXVII. 15. fr. 7. §. 3. und Glück Erl. der Pand. §. 35. not. 55.

tigen Fragen: kann in dieser Sache überhaupt ein, nach den Regeln des Processes in Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit eingerichtetes Verfahren gestattet werden? Welche Art des Verfahrens muſs hier eingeschlagen werden? und: können die mehreren Streitpuncte, deren Erörterung gefordert wird, zusammen oder in welcher Ordnung müssen sie verhandelt werden? — sind nur durch eine Untersuchung der Natur des Gegenstandes, in Ansehung dessen sie aufgeworfen werden können, gründlich zu beantworten.

§. 71.

Ueber welche Gegenstände kann nicht nach den hier abzuhandelnden processualischen Lehren verhandelt werden?

Da hier die Regeln für das Verfahren in *Rechtsstreitigkeiten* ausschlieſsend vorgetragen werden sollen; so ist es natürlich, daſs *diese* Regeln es nicht sind, nach welchen das Verfahren in Sachen der *willkührlichen* Gerichtsbarkeit, welches aber ſreylich darum keineswegs ein regelloses ist, eingerichtet werden darf. Es würde dieses kaum einer Erwähnung bedürfen, wenn man nicht häufig Beyspiele solcher Ver-

wechselungen fände, welche, da gewöhnlich die Verwaltung der willkührlichen und streitigen Gerichtsbarkeit einem und demselben Subjecte anvertraut ist, bey mangelnder sorgfältigen Prüfung, freylich nicht vermieden werden können. — Bedenkt man ferner, daſs die Regierung, indem sie Gerichte constituirt, um *die Bürger* des Staates bey ihren Rechten zu handhaben, die Beeinträchtigungen Anderer, welche unter dem Gesetze stehen (a), aufzuheben und die hierüber unter den Bürgern entstehenden Streitigkeiten zu schlichten, keineswegs sich selbst den Gerichten unterwerfen könne, so ergiebt es sich, daſs über alle *eigentliche Regierungssachen*, sie mögen nun in einen Theil der Staatsverwaltung eingreifen, in welchen sie wollen, mithin auch über Steuer- Industrie- Polizeysachen u. d. gl. keine Verhandlung *bey den Gerichten des Landes* (b) gestattet werden könne. Nur in so ferne eine Lan-

(a) *Dieses kann auch der Regent selbst, aber nicht die Regierung seyn.*

(b) *Denn in Deutschland kann selbst die, an constitutionsmäſsige Normen gebundene Ausübung jedes Hoheitsrechtes der Landesregierungen Gegenstand einer, bey den Reichsgerichten zu verhandelnden Rechtssache werden.*

Über diese Materie cf. vorzüglich de Neurath de cognitione et potestate iudiciaria in

desbehörde *als Gericht*, zur Schlichtung eines Rechtsstreites, welcher durch einen Anspruch wegen Rechtsverletzung gegen einen diesem Gerichte Unterworfenen, entstanden ist, aufgefordert worden — und nur in so ferne bey dieser Sache diese Behörde in *dieser* Hinsicht thätig gewesen ist, ist eine Justitzsache vorhanden — welches, bey der in Deutschland häufigen Verknüpfung mehrerer Gewalten bey einer Behörde, sowohl in Hinsicht der Art des Verfahrens, als auch in Hinsicht der Thätigkeit eines höheren — öfters nur *als Gericht* vorgesetzten Collegii — um so mehr zu bemerken ist, da leicht bey der nämlichen Sache mehrere Staatsgewalten zu gleicher Zeit Thätigkeit äussern können.

§. 72.

Verschiedene Art des Verfahrens nach Verschiedenheit des Gegenstandes desselben.

Wenn man hiernächst auch ganz davon absehen wollte, daſs nur aus der Natur des Gegenstandes der Verhandlung es erhellen kann, ob schon izt derselbe zu einer Verhandlung reif sey, oder ob nicht vielmehr das

causis, quae politiae nomine veniunt. Erl. 1780. *Wezl.* 1791. *v. Berg Handb. d. deutsch. Polizeyrechts* 1. *Th.* 2. *B.* 4. *Abschn.* *Gönner Handb. II.* 1.

Recht, sich über eine erlittene Beeinträchtigung zu beklagen, noch von einem künftigen Ereignisse abhänge, — eine Betrachtung, welche für beide Parthieen eben so wichtig, wie für den Richter ist; — so würde dennoch schon darum diese Betrachtung des Gegenstandes der Verhandlung für die Parthieen und den Richter von der unläugbarsten Nothwendigkeit seyn, weil die mehrsten Verschiedenheiten, welche man in Ansehung der gerichtlichen Verhandlungsart antrifft, blos und allein darum von den Gesetzen eingeführt worden sind, weil die eigene Beschaffenheit der verschiedenen zu verhandelnden Gegenstände, entweder Verschiedenheiten in der Verhandlungsart schlechthin nothwendig macht, oder doch einen Anrathungsgrund für den Gesetzgeber enthält, eine verschiedene Verhandlungsart derselben zu erlauben. So ist es beinahe blos die Verschiedenheit der zu verhandelnden Sachen, welche es verursacht, daſs bey der Verhandlung der einen ein langsamer, an bestimmte Förmlichkeiten gebundener Gang eingeschlagen werden muſs, während andere in einem freieren und schnelleren Gange behandelt werden können. Diese Verschiedenheiten selbst können hier noch nicht entwickelt werden, genug! daſs hier darauf aufmerksam und allenfalls an einigen Bey-

spie-

spielen anschaulich gemacht werden muſs, wie wichtig es seye, vor der Verhandlung selbst den Gegenstand derselben genau zu prüfen, um die richtige Art derselben sich bestimmen zu können.

Daſs endlich nur die Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände bey der Wahl der zu ergreifenden Rechtsmittel eine Bestimmung an die Hand geben könne, und daſs auch bey Fällen, welche auf einerley Art im Allgemeinen verhandelt werden müssen, hiervon dennoch oft die ganze Zweckmäſsigkeit der Verhandlungen abhange, bedarf für den, mit der Rechtstheorie Vertrauten kaum einer Bemerkung.

§. 73.

Ordnung des Verfahrens der Concurrenzen.

Wenn auch völlig genau bestimmt ist, *daſs* gewisse Rechtssachen, durch welche Rechtsmittel und in welcher Proceſsart sie verhandelt werden können und müssen, so bleibt doch, wenn unter denselben Interessenten mehrere, in Verbindung stehende Rechtssachen eine Entscheidung erfordern (concursus caus-

sarum connexarum), die Frage übrig: in welcher Ordnung die Untersuchung und Entscheidung derselben vorgenommen werden müsse (Quaestio de ordine caussarum, cognitionum, iudiciorum)? — und auch diese, für Parthieen und Richter gleich wichtige Frage kann nur durch Entwickelung der, nach Verschiedenheit der Sachen, verschiedenen Verbindung derselben beantwortet werden. Daſs diese verbundenen Sachen in der Regel von *einem*, und von welchem Richter sie entschieden werden müssen, wurde schon oben (§. 42.) ausgeführt. In Ansehung der Verfahrungsordnung entscheiden folgende Regeln:

I.) Sachen, deren Entscheidung die Grundlage für die Entscheidung anderer giebt (causae praejudiciales), müssen nothwendig vor diesen erörtert werden.

II.) Sachen dagegen, durch welche nur ein Hinderniſs der zweckmäſsigen Entscheidung andrer (a) entfernt werden soll (causae praeparatoriae), müssen nur dann vor diesen erör-

(a) *Sey es in Ansehung der Gerichtsbarkeit, der streitenden Theile, oder der Hauptsache selbst.*

tert werden, wenn sie in einem solchen Verhältnisse zu der Hauptsache stehen, daſs die Gesetze auch nicht einmal ein *eventuelles* Verhandeln über diese zu der nämlichen Zeit erfordern (a).

III.) Alle übrigen connexen Sachen (causae incidentes) können ohne Anstand zu gleicher Zeit verhandelt werden (b).

Bey nicht connexen Sachen kann die Verhandlung der einen die Verhandlung der andern nie stören, für die früheren Verfügungen des Richters kann aber bey diesen allerdings die vorzügliche Wichtigkeit (worauf Sollicitationen aufmerksam machen können), sonst aber nur die Zeit ihrer Rechtsanhängigkeit bestimmend seyn.

(a) *Dieſs ist in Ansehung des Verhältnisses der dilatorischen Einreden zu der Hauptsache in der Regel der Fall, wovon unten weiter* §. 171.

(b) *Von der nothwendigen Vorsicht des Richters bey diesen Sachen, um Verwirrungen des Processes zu vermeiden.*

Ueberhaupt vergl. VIII. 19. *Cod. II.* 10. *X. c.* 1. 2. 3.

ZWEYTES BUCH.

THEORIE DES GEMEINEN DEUTSCHEN CIVILPROCESSES SELBST.

ERSTER THEIL.

VON DER ORDNUNG UND DER EINRICHTUNG DES GERICHTLICHEN VERFAHRENS IM ALLGEMEINEN.

ERSTE ABTHEILUNG.

VON DEN BESTANDTHEILEN DES GERICHTLICHEN VERFAHRENS UND IHRER NOTHWENDIGEN VERBINDUNG IM ALLGEMEINEN.

§. 74.

Wesentliche Stücke jedes Verfahrens und Ordnung derselben.

Alles, was nothwendig gedacht werden muſs, damit durch das gerichtliche Verfahren der End-

zweck desselben vollkommen erreicht werden könne, ist ein *wesentliches Stück* dieses Verfahrens, und die Ordnung, in welcher diese Stücke nothwendig verbunden gedacht werden müssen, ist die *wesentliche Verfahrungsordnung.*

Der *Endzweck* eines jeden gerichtlichen Verfahrens ist: daſs jeder bey seinem, ihm von dem Staate garantirten Rechte, durch die richterliche Hülfe geschützt werde. Dieses ist nun aber, da hier von dem Verfahren über einen *Rechtsstreit* zwischen zwey Parthieen die Rede ist, nicht möglich, so lange noch nicht bestimmt ist, ob und in wie ferne die *bestrittenen* Ansprüche der einen Parthie gegen die andere, oder beyder gegen einander als *rechtliche* betrachtet werden können. Es ist daher nothwendiges Mittel zu dem angegebenen Endzwecke, daſs über diese Rechtlichkeit *erkannt*, und dadurch der vorhandene Rechtsstreit *entschieden* werde. Die richterliche Entscheidung ist nothwendig eine Erklärung über die Identität der Merkmale des bestimmten Falles mit den Merkmalen des in dem anzuwendenden Gesetze enthaltenen. Sie kann demnach nicht gedacht werden, als unter der Voraussetzung,

dafs a.) die Merkmale des bestimmten Falls von denjenigen, welche daraus Rechte ableiten wollen, dem Richter *vorgelegt*, und dann b.) diese Merkmale selbst von dem Richter *geprüft* worden sind.

Alle einzelnen, bey dem gerichtlichen Verfahren vorkommenden Handlungen müssen auf die angegebenen nothwendigen Bedingungen zu der Erreichung des Endzwecks des gerichtlichen Verfahrens berechnet seyn, und von diesen Bedingungen selbst darf nie eine fehlen, oder die wesentliche Ordnung derselben umgekehrt werden. Geschieht dieses dennoch, so nennt man den Procefs einen *tumultuarischen*, welcher als unheilbar nichtig betrachtet werden mufs.

§. 75.

Bedingt wesentliche Stücke der Verhandlung.

Da die im vorigen §. angegebenen nothwendigen Bedingungen zur Erreichung des Endzwecks des gerichtlichen Verfahrens als wesentliche Stücke des Processes angegeben werden, so mufs auch von jeder einzelnen Handlung, ohne welche eine oder die andere dieser Bedingungen nicht vollkommen erreicht werden

kann, behauptet werden, daſs sie eine wesentliche seye. Weil es nun einleuchtet, daſs diese einzelnen nothwendigen Handlungen, nach der Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände, verschieden seyn können, so kann es auch nicht auffallen, daſs öfters eine bestimmte Handlung in dem einen Processe als *wesentlich* erscheinen kann, während sie in einem andern, vielleicht selbst als unnütz erscheint. Durch diese Unterscheidung der *bedingt wesentlichen* Theile des Verfahrens von den *absolut wesentlichen* werden sich nicht nur dergleichen Fragen, wie: ob der Beweis, ob die Ladung etc. wesentliche Stücke des Processes seyen? sehr leicht beantworten, sondern wir werden auch dadurch in den Stand gesetzt, bey jedem bestimmten Verfahren genau zu beurtheilen, ob es ein tumultuarisches sey? ohne durch den Umstand, daſs der Mangel der Handlung, um dessen willen wir es für nichtig erklären, im Allgemeinen diese Wirkung nicht habe, in Verlegenheit kommen zu können.

Fehlt es an einem *bedingt* wesentlichen Stücke, so wird das Verfahren von dem Puncte an, wo die Bedingung, welche jenes Stück zum *wesentlichen* machte, eintratt, tumultuarisch und unheilbar nichtig.

§. 76.

Formalitäten. Gesetzlicher, gewillkührter Procefs.

Da es, wenn man sich irgend ein wesentliches Stück eines Verfahrens als einen bestimmten zu erreichenden Zweck denkt, *mehrere* verschiedene Mittel geben kann, durch welche dieser Zweck vollkommen zu erreichen ist, und zwischen welchen demnach nothwendig gewählt werden mufs; so können hier allerdings Nebenabsichten als die Wahl entscheidend betrachtet werden. Zu tadeln wäre es alsdann gewifs nicht, wenn man sich darum für den Gebrauch gerade *dieser* Mittel zu seinem Zwecke bestimmte, weil man durch diese vielleicht gröfsere Genauigkeit und Bestimmtheit, oder auch nur eine gewisse, der Würde öffentlicher Verhandlungen angemessenere und zu desto gröfserem Zutrauen berechtigende Feierlichkeit des Verfahrens erlangen zu können hofft. Diese sonst willkührlichen, als Mittel zu dem Zwecke gewählten Handlungen begreift man, eben weil, auch ohne ihren Gebrauch, dennoch ein zweckmäfsiges Verfahren gedacht werden kann, unter dem Namen der ***Förmlichkeiten*** des Processes. (a) — Nach sol-

(a) *So ist es z. B. für die Entscheidung des Rechtsstreites im Ganzen einerley, ob gleich auf die*

chen Rücksichten haben auch wirklich unsere Gesetze die Wahl, nach Verschiedenheit der Gegenstände des Verfahrens, bestimmt und dadurch Richter sowohl, als die Parthieen an die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten gebunden. Indessen ist dieses immer nur subsidiarisch geschehen, so daſs die Parthieen demohnerachtet auch andere Mittel zur Erreichnng ihres Zweckes vertragsmäſsig gebrauchen dürfen (a). Daher die Eintheilung des Processes in den gewillkührten (conventionalem) und gesetzlichen (legalem), von welchen nur der letztere hier abgehandelt werden kann.

Wird eine processualische Handlung ohne die gesetzlich *nothwendige* (b) Form vorgenom-

Aufforderung des einen Theils gegen den andern unter der Bedingung, *wenn er nicht, zu einer andern Verfügung hinleitende Momente der richterlichen Prüfung vorzulegen haben sollte, verfügt wird, oder ob man das richterliche Erkenntniſs erst auf den Versuch, alles für die richterliche Prüfung interessante zu sammeln, folgen läſst. Es ist daher nur Formalitäts-Unterschied, wenn unsre Gesetze das leztere als Regel, das erstere aber (den bedingten Mandatsproceſs) als Ausnahme aufstellen.*

(a) *Clem. V.* 11. c. 2. *in fine.*

(b) *Denn dasjenige, was Gesetz oder Rechtsgelehrte zur vollen Zweckgemäſsheit einer Handlung*

men, so hat diejenige Parthie, auf deren Rechtsverfolgung die versäumte Formalität Einfluſs haben kann, das Recht, die unförmliche Handlung als *nichtig* anzufechten, und daher bey unförmlichen Verhandlungen des Gegentheils die Folgen dieser anzuerkennenden Nichtigkeit für sich in Anspruch zu nehmen (a), bey unförmlichen richterlichen Verfügungen aber die Aufhebung dieser Nichtigkeit zu verlangen (b). Ausdrücklich und stillschweigend kann indessen auch die berechtigte Parthie auf dieses Recht Verzicht leisten und dadurch die Abweichung von dem förmlichen Gange *conventionell* sanctioniren.

in Ansehung des Formellen empfehlen, darf, wie jeder gute Rath, unbeachtet gelassen werden.

(a) *welches, nach der Verschiedenheit der Tendenz der gegentheiligen Handlung, bald durch Vorschützung von Schutzreden gegen die unförmliche Handlung, bald durch Bitten zur Einleitung des, bey versäumten gerichtlichen Handlungen Statt findenden (Contumacial-) Verfahrens geschehen kann.*

(b) *Nicht aber durch eigentliche Nichtigkeitsbeschwerden, so lange noch nicht die unförmliche richterliche Verfügung als eigentliches Erkenntniſs betrachtet werden muſs.*

Nie fließt aber aus der versäumten Formalität Nichtigkeit des ganzen Processes, wenn nicht 1.) dadurch zugleich ein absolut oder bedingt wesentliches Stück des Verfahrens versäumet wurde, welches, da alle Formalitäten Mittel zur Herbeyführung des Wesentlichen sind, sehr leicht geschehen kann, oder 2.) die positiven Gesetze an die Versäumung der Förmlichkeit ausdrücklich die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens als Folge knüpfen und dadurch im Grunde die Formalität zum Range eines wesentlichen Stückes erheben (a).

§. 77.

Ordentlicher, außerordentlicher, summarischer Proceß. Concursproceß.

Es ist sehr natürlich, daß die Gesetze ein in der Regel eintretendes *förmliches* Verfahren bestimmen, und daß sie sich begnügen müssen, nur in Ansehung einiger Fälle, bey

(a) *Eine überaus schätzbare Abhandlung über die wesentlichen Stücke des Processes und die Förmlichkeiten hat uns Gönner im Handbuche Th. I. n. XIII. et XIV geliefert. Selbst da, wo ich von Gönnern hier und da abweiche, danke ich, wenn ich richtiger sehen sollte, ihm diese Einsicht.*

welchen die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit eines veränderten Gangs vorzüglich in die Augen fallend ist, Ausnahmen von dieser Regel zu gebieten, oder zu erlauben. Diese Ausnahmsweise eintretenden Verfahrungsarten würden, im Gegensatze gegen die, in der Regel eintretende, mit Recht den Namen der *außerordentlichen* führen; da hingegen diejenige Verfahrungsart, welche bey der Verhandlung jedes Rechtsstreites, bis zum Beweise einer Ausnahme, eingeschlagen werden müßte, den Namen der *ordentlichen* (processus ordinarius) führet. Weil bey allen ausserordentlichen Proceßarten, welche *unsre* Gesetze kennen, die Ausnahme von der Regel in einem etwas schnelleren Gange besteht, so pflegt man dieselben auch mit dem Namen der *summarischen* Proceßarten zu bezeichnen, und dann, im Gegensatze, den nicht summarischen Proceß den *feierlichen* (processum solennem) zu nennen.

Nur eine einzige besondere Verfahrungsart haben wir nach gemeinem Rechte, bey welcher die Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens nicht *bloß* in Verschiedenheiten der Form, sondern auch zu-

gleich in Verschiedenheiten der wesentlichen Stücke bestehen. Dieſs ist der *Concursproceſs*. Der Grund hiervon liegt aber darin, weil die Gesetze bey diesem Verfahren dem Richter, ausser dem für jedes Verfahren *in Rechtsstreitigkeiten* entscheidenden Zwecke, auch noch einen andern *polizeylichen* Zweck zu berücksichtigen befehlen. Der Concursproceſs ist ein gemischtes Verfahren und eben darum kann derselbe, da er, in so ferne Rechtsstreitigkeiten in ihm verhandelt werden, sich nicht besonders auszeichnet, auf eine Entwickelung seiner Eigenthümlichkeiten keineswegs in einer Theorie des Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten Anspruch machen. Als aus zwey verschiedenen Theorieen erklärbar, muſs er in einem *Anhange* zu beyden Theorieen erklärt werden (a).

(a) *Nach den bisherigen Ausführungen kann ich den, von Gönner a. a. O. vorgeschlagenen Unterschied zwischen allgemein (bey allen Proceſsarten) und besonders (bey einzelnen Proceſsarten) wesentlichen Stücken nicht anerkennen. Jedes reine Verfahren in Rechtsstreitigkeiten hat denselben Zweck und nur durch Verschiedenheit der Formen entstehen verschiedene Verfahrungsarten. Gönner scheint mir das, was für eine bestimmte Form, als Zweck gedacht, wesentlich ist,*

§. 78.

Nähere Betrachtung der Hauptbestandtheile der Verhandlung, vorzüglich des Vorbringens der Parthieen. Zwang zur Rechtsvertheidigung. Grund der Termine und des Contumacialverfahrens.

Da jeder Bürger mit seinen Rechten nach freier Willkühr zu schalten befugt ist, da jeder sein Recht, sey es nun ganz oder zum Theile, aufopfern darf; so folgt, daſs der Staat nur dasjenige jedem zu schützen habe, was dieser auch wirklich als das Seine anerkennt, und, bey demselben geschützt zu werden, verlangt. Der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens erhält also hierdurch die genauere Bestimmung: daſs das Seine jedes Bürgers, *welches dieser als solches betrachten will*, geschützt werde, sobald es erhellet, daſs es wirklich das Seine desselben seye.

Dieses gilt von der einen Parthie, wie von der andern und es fliessen daher aus dem Gesagten die beyden Regeln 1.) nur dasjenige,

mit demjenigen, was für das Verfahren überhaupt wesentlich ist, verwechselt zu haben. Für dieses ist das, für die einzelne Form Wesentliche, so wie diese Form selbst, nur zufällig.

was einer als sein Recht *fordert*, ist Gegenstand der richterlichen Prüfung, und 2.) dieses nur, in so ferne der Angegriffene die Forderung *bestreitet* (a). Es giebt daher *kein Verfahren von Amtswegen*, *keinen absoluten Zwang gegen die Parthieen zur Rechtsvertheidigung*. Das ganze Detail unsers Processes, unter welcher Form es sich auch darstellt, ist eine (sehr wenige Ausnahmen abgerechnet) consequente Exposition dieser Grundsätze (b).

(a) *Diese Regel paſst aber freylich nur, so weit ihr Grund vorhanden ist. Sie paſst daher nicht, in so ferne eine Parthie nicht über das Ihrige nach Belieben schalten darf, und die Gesetze der Person des Richters zugleich vormundschaftliche Pflichten auflegen.*

Von der nothwendigen Vorsicht des Richters, um in solchen Fällen Thätigkeit der beyden, in ihm vereinten Personen zu äussern, ohne die Pflichten der einen, oder der andern zu verletzen.

(b) *Selbst die Nothwendigkeit der Contumacialanklage ist nur Folgerung aus diesem Grundsatze. Aus ihm flieſst auch der wichtige Grundsatz: quod non est in actis, non est in mundo. Gönner nennt die angedeutete Grundmaxime unsers Processes sehr treffend die Verhandlungsmaxime (Handb. I. XI.). Ihr steht die in der Preuſsischen Gerichts-*

Relativer Zwang dagegen zur Erörterung und Vertheidigung der im Streite befangenen Rechte, ist unerlaſsliches Erforderniſs jeder *möglichen* Justitzverwaltung und anerkanntes Princip der unsrigen. Die einzelnen auf Rechtserörterung und Rechtsvertheidigung berechneten Handlungen *müssen* an eine Zeitbestimmung (Termine) gebunden werden und die Versäumung dieser Termine *muſs* in Ansehung des an dieselbe Gebundenen praejudicirend seyn (Contumacial - Verfahren).

§. 79.

ordnung zum Grund gelegte Maxime entgegen, welche Gönner passend die Untersuchungsmaxime nennt. Trefflich hat Gönner die Verschiedenheiten beyder entwickelt und den wohlthätigen Geist der preussischen Gerichtsordnung ergriffen. Ich möchte aber doch behaupten, daſs die Untersuchungsmaxime nur durch Inconsequenzen gehalten werden kann, daſs nur die Verhandlungsmaxime eine, durchaus consequente Entwickelung für den Zweck des processualischen Verfahrens zuläſst, und daſs es weniger die Schuld dieser Maxime, als vielmehr der Richter, welche sie im Leben darstellen sollen, sey, wenn sie sich in diesem Leben freylich nicht immer wohlthätig äussert.

§. 79.

Fortsetzung. Von der richterlichen Prüfung. Gegenstand derselben. Klage. Schutzreden des Beklagten.

Durch den Vortrag der Parthieen wird der Rechtsstreit Gegenstand der richterlichen Prüfung. Ich sage: *der Rechtsstreit*, mithin nicht bloſs der einseitige Vortrag des angreifenden Theils (Klage), sondern auch alles, was zur Vertheidigung des Angegriffenen gehört (*Schutzreden im weitesten Sinne*), mag dadurch bloſs die gegenwärtige Ablehnung einer Proceſsführung über den vom Gegentheile geforderten Gegenstand gesucht (*exceptiones dilatoriae*), oder mag dadurch der Grund der Klage geläugnet (*litis contestatio negativa*), oder der nicht zu läugnende Grund derselben durch neues factisches Vorbringen, oder Berufen auf eine neuere Rechtsbegünstigung zerstört werden (*exceptiones peremtoriae*). Ein Verfahren, welches nicht auf die *Möglichkeit*, die denkbare Vertheidigung des Angegriffenen zum Gegenstande der, die Entscheidung bedingenden richterlichen Prüfung zu machen, berechnet wäre, würde als *wesentlich* fehlerhaft, nie auf eine Rechtsgültigkeit Anspruch

machen können. Die entgegengesetzte Tendenz ist die des gemeinen deutschen Processes. Bis in seinem feinsten Detail ehrt dieser den Grundsatz: *daſs keine richterliche Verfügung auf die nothwendige Gesetzeskraft eines Richterspruches Anspruch habe, welche auf bloſse Prüfung des factischen Vortrags des einen Theils, mit Ausschliessung der denkbaren, noch nicht versäumten Vertheidigung des andern erlassen worden* (a).

Ladungen (*citationes*) erscheinen darum als bedingt wesentliche Bestandtheile des Verfahrens, und wenn aus jener Tendenz auf der einen Seite es erhellet, daſs die, hier und da erforderlichen Ladungen mit der *Auflage* einer bestimmten, auf Rechtsvertheidigung vorzüglich berechneten Handlung (*citationes arctatoriae*) nur zu den Formalitäten des Processes gehören können, so werden dadurch auf der andern Seite die, eine Möglichkeit der Rechtsausführung bloſs *zulassenden* Ladungen (*citationes monitoriae*), ja die mit

(a) *Unser Mandatsverfahren ist der herrlichste Beleg für diese Wahrheit. Vergl. auch VII. Cod.* 57.

diesen im Grunde gleichen *Communicationen zur Nachricht* aus der Reihe *bedeutungsleerer* Formen entnommen, und man erkennt es als Wirkung jener Tendenz, wenn es in unserem Processe als Regel betrachtet wird, daſs 1.) jeder Vortrag der einen Parthie, gegen welchen nicht alle Vertheidigung ohne Zweifel zwecklos seye, der anderen Parthie mitzutheilen, 2.) von jedem Schritte in dem Verfahren aber, welcher auf die Rechte der Parthieen Einfluſs haben könnte, diesen Nachricht zu ertheilen seye (a).

§. 80 *a.*

Fortsetzung. Von dem Beweise.

Das Vorbringen der Parthieen ist Gegenstand der richterlichen Prüfung zum Zwecke einer Entscheidung. Zur Möglichkeit dieser muſs jene auf die Lösung zweyer Fragen gerichtet seyn: 1.) ist das Verlangen der Parthie, unter Voraussetzung der Wahrheit der von derselben vorgetragenen *Facten* (*Thatsachen*) gesetzmäſsig d. h. ist zwischen den Merkmalen der Fälle, an welche das Gesetz die, dem Verlangen der Parthie entsprechende

(a) *Gönner I.* 13. *II.* 28.

Folge knüpft, und den Merkmalen des, von der Parthie vorgetragenen Falls Identität vorhanden? und 2.) sind jene Facten wahre (noch sinnlich wahrnehmbare) *Erscheinungen*, oder (in der Vergangenheit wahrnehmbar gewesene) *Begebenheiten?* — Zur Lösung der ersteren dieser Fragen bedarf es nur der Reflexion des Richters, keines Verhandelns. Führt jene Reflexion zu einer verneinenden Beantwortung der ersteren Frage hin, so würde ein Verhandeln über die zweyte Frage völlig zwecklos erscheinen. In solchen Fällen muſs daher, wenn sich der Richter nicht wegen der Kosten unnützer Handlungen verantwortlich machen will, das unrechtliche Gesuch der Parthie jedesmal ohne alles weitere Verfahren abgeschlagen werden. — Ist dagegen die erstere Frage bejahend zu beantworten, so wird in Ansehung der zweyten die richterliche Prüfung das Vorhandenseyn solcher sinnlich wahrnehmbaren Merkmale, an welchen der Richter, *als solcher* (a), die Wahrheit von Thatsachen, nach den Gesetzen, erkennen kann (d. h. *Beweise*), verlangen.

(a) *Daher die Nothwendigkeit, die Summe der Beweiskraft der einzelnen Beweismittel in*

Die nothwendigen Beweise der, das rechtliche Verlangen der Parthie bedingenden Thatsachen herbeyzuführen, ist die zweyte *wesentiche* Tendenz des Verfahrens bey Gerichte. Ausser dieser giebt es keine weitere und jede Handlung, welche von dem Augenblicke des Vortrags der rechtlichen Bitte einer Parthie an, bis zu der richterlichen unbedingten Entscheidung über diese Bitte, bey dem Gerichte vorkömmt, kann daher nur aus möglichen Formen zur Einleitung der rechtlichen Vertheidigung der Gegenparthie (§. 79.) und zur Instruirung der Beweise bestehen (a).

§. 80 *b.*

Fortsetzung. Beweismittel. Nothwendiger Unterschied zwischen den Beweismitteln. Beweisführung.

Jedes sinnlich wahrnehmbare Merkmal, aus welchem Gründe für die richterliche Ue-

den Gesetzen, so weit es geschehen kann, zu bestimmen. Daher die nothwendige Anwendung der Regel: quod non est in actis, non est in mundo — auch in Hinsicht der Beweise.

(a) *Ueber die Lehre vom Beweise habe ich vorzüglich dankbar benutzt die trefflichen Gönnerschen Abhandlungen im 2ten Bande des*

berzeugung von der Wahrheit einer bestimmten Thatsache fliessen, ist *für den Richter* ein *Beweismittel.* Jede Thatsache, deren Existenz Gründe für die Annahme der Existenz einer bestimmten andern Thatsache an die Hand giebt, ist in so ferne allerdings Beweismittel, und in so ferne verdienen die *Geständnisse* und *Vermuthungsgründe* offenbar auch diesen Namen. In so ferne dagegen der Beweis als *Handlung* im Verfahren vorkömmt, und in so ferne daher unter *Beweismittel* eine, dem Richter Beweis herbeyführende *Handlung* (Mittel zur *Beweisführung*) verstanden wird, können *Geständnisse* und *Vermuthungsgründe* wohl Gegenstände und Resultate der *Beweisführung*, aber nicht *Mittel* zur Beweisführuug seyn. In so ferne verdienen nur folgende Mittel diesen Namen: 1.) der Augenschein und die Beurtheilung der Sachverständigen, 2.) Zeugenaussagen, 3.) Urkundenvorlegung, 4.) Eide.

Handbuchs und das schöne Werk des Herrn Ober-Appellationsgerichtsraths Schneider über den Beweis. Gießen und Darmstadt 1803.

Dieses Werk macht die Tevenarsche Theorie der Beweise, Magd. und Lpz. 1780, *entbehrlich.*

Selbst unter diesen äussert sich aber wieder ein auffallender Untershied. Das erste nämlich ist ausschliessend Mittel, *Erscheinungen* an dem Gegenstande des Rechtsstreites zu erkennen und richtig zu erkennen, die übrigen führen zum Beweise der *Begebenheiten.* Das an dem Gegenstande des Rechtsstreites *Erscheinende* ist nun aber dem prüfenden Blicke des Richters schon dadurch vorgelegt, daſs dieser Gegenstand selbst, zur Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses in Ansehung desselben, vor seinen Richterstuhl gebracht worden ist. Zur Auffassung dieser Erscheinungen ist er hierdurch schon aufgefordert. Daher sind es im Grunde nur die drey letzteren Mittel, welche, wenn von der Parthie eine, *an eine bestimmte Zeit nothwendig zu beschränkende* (§. 78.) Beweisführung verlangt wird, verstanden seyn können. In Ansehung der, an Termine gebundenen Beweisführung verdienen daher nur diese den Namen der Beweismittel (*Beweismittel im engsten Sinne*), obgleich auch das erste der angeführten Mittel, als processualische Handlung, immer zum Behufe der Beweisführung gebraucht werden kann (a).

(a) *Durch diese Darstellung glaube ich, unsre Praxis rechtfertigen zu können, welche den*

§. 81 *a.*

Theorie der Vermuthungen. Zusammenhang dieser Lehre mit der richterlichen Bestimmung der Beweisobliegenheit.

Eine Thatsache, welche mit irgend einer andern unbestrittenen in einer so unzertrennlichen Verbindung steht, daſs die eine nicht ohne die andere seyn *kann*, (a) bedarf natürlich keines Beweises und schlieſst die Möglichkeit eines entgegengesetzten Beweises aus. Wo von Beweisen die Rede seyn soll, muſs daher der behaupteten Thatsache die *Möglichkeit* der direct entgegengesetzten Behauptung gegenüber stehen, und wenn dieſs der Fall ist, so muſs diejenige Behauptung, welche der zu beweisenden entgegensteht, so lange für Wahrheit gelten, bis das Gegentheil bewiesen ist (b), d. h. sie muſs *rechtlich vermuthet* werden.

Beweis durch Augenschein und Kunstverständige als ex officio zu verfügende Beweishandlungen darstellt und doch in dem Berufen auf ihren Gebrauch eine genügende Befolgung der Beweissentenz möglicher Weise erkennt.

(a) *Sey dieſs nun nach Naturgesetzen, oder nach juridischen (praesumtio juris et de jure s. fictio juris).*

(b) *Schneider a. a. O. §. 4.*

Vermuthung ist nämlich überall vorhanden, wo dem Richter *für* die Annahme der Wahrheit einer Thatsache Gründe gegeben sind, welche noch nicht seine juridische *Ueberzeugung* bestimmen können. Diese Gründe können nur aus der *Causal - Verbindung* der Thatsachen abgeleitet seyn, und die Innigkeit dieser Causal - Verbindung ist es, welche im Allgemeinen die Stärke der Vermuthungen bestimmen muſs. *Vermuthungen*, welche, nach unsern Gesetzen, die Wirkung haben, daſs sie, bis zum Beweise des Gegentheils, für Wahrheit gelten, nennt man *rechtliche Vermuthungen*, (praesumtiones juris), solche dagegen, welche zwar Gründe für die Annahme der Wahrheit einer Behauptung an die Hand geben, ohne jedoch die bezeichnete Wirkung zu haben, nennt man *gemeine Vermuthungen* (praesumtiones hominis s. simplices).

Die *rechtlichen Vermuthungen* sind in unsern positiven Gesetzen keineswegs vollständig aufgezählt, und können dieſs nicht seyn, da es ihrer im Grunde so viele giebt, als Thatsachen gedacht werden können. Nur einzelne

wenige der, gesetzlich bestimmten Vermuthungen tragen einen bloſs *positiven* Character, gewöhnlich durch das Bedürfniſs der positiven Lösung eines, sonst nicht zu lösenden Zweifels erzeugt (a), an sich; die bey weitem mehrsten Fälle derselben sind nur Beyspiele, welche uns, eine allgemeine Regel aus dem Geiste der Gesetze zu abstrahiren, auffordern. Ich glaube, durch diese nothwendige Abstraction folgende Regeln als durchaus erschöpfend (b) gefunden zu haben.

1.) *Dasjenige wird rechtlich vermuthet, was aus den anerkannten natürlichen Bestimmungen eines gewissen Etwas* (c) *mit Nothwendigkeit flieſst, sobald nicht eine dieser natürlichen Bestimmungen fehlt.*

(*Rechtliche Vermuthung eines bejahenden Satzes.*)

(a) *z. B. XXXIV. 4. fr. 9. ʃ. ult. fr. 22. 23.*

(b) *die wenigen Fälle nämlich der bloſs positiven Rechtsvermuthung ausgenommen.*

(c) *Diese Bestimmungen fliessen mitunter selbst aus den Gesetzen z. B. die naturalia mancher Contracte, zum Theile bestimmt sie der Begriff des Etwas, wie bey dem organischen Körper, zum Theile Convention, welche dem Etwas seine Bedeutung giebt, wie bey Handlungen, Worten (Sprachgebrauch) u. s. w*

2.) *Das Gegentheil von demjenigen wird rechtlich vermuthet, was aus den natürlichen Bestimmungen eines gewissen Etwas, sobald dieselben als vorhanden vorausgesetzt werden, nicht mit Nothwendigkeit fliesst* (a).

(*Rechtliche Vermuthung eines verneinenden Satzes* (b).)

Hierdurch bestimmt sich nun der Begriff der *gemeinen Vermuthung* näher. Sie ist vorhanden, wenn der Richter *für* eine Thatsache, *gegen welche die rechtliche Vermuthung streitet*, juridische *Gewissheit* nicht herbeyführende Gründe gefunden hat. Ich theile diese in die *dringende*, wenn eine so innige Causal-Verbindung des aufgefundenen Umstandes mit

(a) *Z. B. Abwesenheit einer, nicht nach der vorigen Regel zu vermuthenden Naturbegebenheit, oder bestimmten menschlichen Handlung. Der Begriff des Menschen enthält Handlungsnothwendigkeit aber nicht Nothwendigkeit einer bestimmten Handlung.*

(b) *Eine Behauptung kann überhaupt rechtlich vermuthet werden, in ihren näheren Bestimmungen die rechtliche Vermuthung gegen sich haben, z. B. der Tod eines vor 300 Iahren gebohrnen Menschen in Ansehung des bestimmten Zeitpunctes.*

Schneider a. a. O. §. 20.

dem zu beweisenden Statt findet, daſs man beyde *kaum* als getrennt denken kann, und in die *entfernte*, wenn jene Causal-Verbindung als minder innig erscheint (starke, oder mehrere Zweifel noch übrig bleiben).

§. 81 b.

Wem liegt der Beweis ob?

Die Entwickelung des vorigen §. enthält die bestimmte Beantwortung der aufgeworfenen Frage.

Derjenige muſs beweisen, welcher seine rechtliche Bitte auf bestrittene Thatsachen stützet, gegen welche die rechtliche Vermuthung streitet.

Die gewöhnlichen Regeln: daſs der Kläger seine Klage, der Beklagte seine Einreden beweisen müsse, oder: daſs demjenigen, welcher sich auf einen bejahenden Thatsatz stütze, nicht demjenigen, welcher sein Recht aus einem verneinenden Thatsatze ableite, der Beweis obliege, — sind zwar öfters *zutreffend*, aber dennoch, als Rechtsregeln, unrichtig und Irrthümer veranlassend.

§. 82 *a.*

Eingeständniſs befreyt von der Nothwendigkeit der Beweisführung. Beweiskraft des Eingeständnisses für den Richter. Grund der Eintheilung des Verfahrens in das praeparatorische und förmliche Beweisverfahren.

Nur *bestrittene* Thatsätze sind Gegenstand einer Beweis*führung*. Was die eine Parthie *der andern einräumt*, ist im *Civilverfahren* (a) dem Richter wahr und bewiesen (§. 78.), und daher, in so ferne nur das Factum der geschehenen Einräumung nicht bestritten ist, ohne Beweisführung dem richterlichen Spruche zum Grunde zu legen.

Die *Eingeständnisse* der einen Parthie von Facten, worauf sich die andere Parthie beruft (eignen Zeugnisse der einen von der Wahrheit der Behauptungen der andern (b)), sind daher *für den Richter* immer sehr wichtige Beweismittel (§. 80 *b.*). Sie geben ihm, *als solchen* (c),

(a) *Anders im Criminal-Verfahren, wo der im* §. 78. *angegebene Grund hinwegfällt. Überhaupt beruht die Beweiſskraft eines Geständnisses im Criminal-Verfahren auf ganz andern Gründen, als im Civil-Verfahren.*

(b) *Schneider a. a. O.* §. 72.

(c) *Als Mensch kann er dabey von der Wahrheit des Gegentheils überzeugt seyn.*

volle Ueberzeugung, sobald sie nur *frey* und *ernstlich* d. h. in der Absicht, um dadurch etwas *jedem* als Wahrheit kund zu thun, oder doch dem Gegner etwas einzuräumen (a), gegeben werden. Sind diese Erfordernisse vorhanden, so kömmt nichts darauf an, ob das Eingeständniſs *ausdrücklich* oder *stillschweigend* d. i. aus völlig concludenten Handlungen gefolgertes ist. Selbst das *gerichtliche* d. h. in dem Laufe der Verhandlungen vor dem competenten Richter abgelegte (b) Geständniſs hat *alsdann* keine gröſsere Beweiskraft, als das *aussergerichtliche*, obgleich dieses gegen jenes, theils wegen der leichteren Möglichkeit von Zweifeln gegen die *Ernstlichkeit*, theils darum, weil seine Existenz selbst leicht bestritten und dadurch Gegenstand einer nothwendigen *Beweisführung* werden kann, öfters an Nutzbarkeit nachstehet (c).

Eingeständnisse mit *nähern Bestimmungen*, *Bedingungen* und *Einschränkungen* (confessio-

(a) *Es versteht sich übrigens, daſs der Gestehende seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären im Stande seyn müsse.*

(b) *Schneider a. a. O. §. 77.*

(c) *v. Tevenar a. a. O. S. 75 folg.*

nes qualificatae (a)), können nur dann den Gegner ganz von dem Beweise befreyen, wenn diese Einschränkungen u. s. w. wirklich volle Einräumung *aller*, die Bitte desselben bedingenden Facten voraussetzen, keineswegs aber, wenn sie, genau erwogen, einen, jene Bitte in irgend einer Hinsicht bedingenden Theil dieser Facten abläugnen (b).

Damit keine unnöthigen Beweisführungen das Verfahren aufhalten mögen, ist es übrigens eine sehr in der Natur der Sache liegende Regel, wenn unsre Gesetze jeder Parthie auflegen, daſs sie sich bey der, ihr (nach §. 79) aufzulegenden oder nachzulassenden Erklärung zu ihrer Vertheidigung, zugleich über die von dem Gegner seiner Bitte unterlegten Facten (c) bestimmt äussere, durch welche Regel denn von selbst jedes Verfahren über ein rechtliches Verlangen der Parthie in das *präparatorische* und *förmliche Beweisverfahren* zerfallen *kann*.

(a) *Häufig versteht man unter dieser Bezeichnung etwas ganz Verschiedenes, nämlich: durch andre Beweise bestätigte Geständnisse.*

(b) *v. Tevenar a. a. O.* S. 81. 82.
Schneider a. a. O. §. 94. 95.

(c) *Der Beklagte über die Facten der Kläger, der Kläger über die Facten der Einrede u. s. w.*

§. 82 b.

In wie fern bedürfen notorische Thatsachen eines Beweises?

Noch ist es eine gewöhnliche Behauptung, daſs *notorische* Thatsachen keines Beweises bedürften. In so ferne man unter diesen Thatsachen „*solche groſse, zur allgemeinen Theilnehmung geeignete Staats- und Natur-Begebenheiten* versteht, *welche in die ältere oder neuere Zeitgeschichte unbestritten aufgenommen sind* (a)“; ist dieſs freylich auſser Zweifel. In so ferne man aber dabey solche Thatsachen denkt, „*welche sich so öffentlich zugetragen haben, daſs sie an dem Orte, wo sie sich zutrugen, von jedem, welcher Zeuge seyn wollte, mit Zuverlässigkeit beobachtet werden konnten, und welche zugleich wichtig genug waren, um die Aufmerksamkeit vieler Menschen auf sich zu ziehen* (b)“; — hat diese Behauptung keineswegs auf unbedingten Beyfall Anspruch. Abgesehen davon, daſs diese Notorietät, deren Namen nicht selten *allgemeinen Grüchten* zu Theil wird, doch selbst eines Beweises bedürfte, ist nicht zu vergessen, daſs die Wahrheit der Thatsachen dem Richter, *als solchen*, (in allen In-

(a) *Schneider a. a. O. §. 6.*

(b) *Schneider a. a. O.*

Instanzen) nicht etwa bloſs dem einzelnen Richter, welcher zugleich Ortsbewohner ist, erkennbar seyn müsse, und daſs daher immer wenigstens dafür zu sorgen seye, daſs eine, nicht von der Gegenparthie widersprochene, gerichtliche Bezeugung der offenkundigen Wahrheit, die Ueberzeugung des Ortsbewohners zu einer, aus den Acten zu schöpfenden Ueberzeugung erhebe. (a)

§. 83.

Vollständiger, unvollständiger, halber, mehr und weniger als halber Beweis. Künstlicher, natürlicher Beweis.

Ist das Resultat des Beweises entweder völlige moralische (die Möglichkeit des Gegentheils ausschliessende) Ueberzeugung, oder doch juristische Evidenz d. h. sind alle Kennzeichen, welche die Gesetze als Kennzeichen der Wahrheit betrachten, durch den geführten Beweis aufgefunden worden, so heiſst derselbe ein *vollständiger* Beweis (prob. plena); sind hingegen nur Gründe für die Wahrheit des zu Beweisenden, welche aber doch nicht völlige Ueberzeugung oder juristische Evidenz bewirken

(a) *Quod non est in actis, non est in mundo.*

können (§. 81 *a.*) (Vermuthungsgründe), beygebracht worden; so heiſst der Beweis ein *unvollständiger* (prob. minus plena). Der unvollständige Beweis hat, wie alle Wahrscheinlichkeit, nothwendig unendlich viele Abstufungen. Man sucht in dieser unendlichen Reihe einen Ruhepunkt für den Ueberblick zu finden, indem man in der Mitte der Leiter stehen bleibt und daher den unvollständigen Beweis in den *halben*, und *mehr und minder als halben* (prob. semiplena, semiplena major et minor) eintheilt. Allein die Schwierigkeit, diesen Ruhepunkt aufzufinden, und die gäng und gebe gewordenen falschen Beurtheilungen, welche diese Schwierigkeiten bewähren, (wozu der Zeugenbeweis einen Beleg giebt (a)) machen diese Ein-

(a) *Denn es ist eine sehr falsche Vorstellung, wenn man in der Aussage* e i n e s *classischen Zeugen einen unvollständigen Beweis, bey welchem gleich starke Zweifel gegen den zu beweisenden und den entgegengesetzten, durch die Rechtsvermuthung bisher unterstützten Satz streiten, (d. i. einen* h a l b e n *Beweis) zu finden glaubt. Es ist die, durch einen classischen Zeugen bewiesene Zahlung des Darlehns gewiſs weit wahrscheinlicher, als die diesem Facto entgegenstehende negative Rechtsvermuthung. Und doch ist es der Zeugenbeweiſs, welchem die Eintheilung*

theilung des Beweises minder praktisch wichtig, als sie nothwendig ist, die Schriften der Juristen zu verstehen. Dem Geiste der römischen Gesetze gemäſser und eben darum von gröſserer praktischen Wichtigkeit möchte die §. 81 *a.* angegebene Eintheilung der Vermuthungsgründe in solche seyn, welche eine, *nahe* an juristische Gewisheit gränzende (*dringende*) Vermuthung begründen, und solche aus welchen nur eine *entfernte* Vermuthung (wobey gewöhnlich noch von mehreren Seiten her entgegenstehende Zweifel ungelöset bleiben) hervorgeht (a).

Die Frage: ob aus der Combination mehrerer Vermuthungen vollständiger Beweis entstehen könne? ist, da eine solche Combination nie *moralische* Ueberzeugung wirkt, im Grunde mit der Frage: ob die in den Gesetzen auf solche Combinationen (in Ansehung des Zeu-

des Beweises in halben, mehr und weniger als halben ihren Ursprung verdankt. Malblanc doctr. de jure jurando §. LXXII. p. 275. 276.

(a) *XII. 2. fr. 1. 31. IV. 1. Cod. c. 3. 12. Malblanc. l. c. p. 275.*

gensbeweises) aufgebauten Merkmale *juridischer* Evidenz nach Analogie ausgedehnt werden dürfen? indentisch. Sie kann aber wohl darum nicht bejahet werden (a), weil ihre Bejahung die Willkühr der Richter bey der Beweisbeurtheilung wieder in vollem Maſse herbeyführen würde, deren Beschränkung doch der Zweck der, die Merkmale *vollen* juridischen Beweises bestimmenden positiven Gesetze ist.

Man nennt den Beweis einen *künstlichen*, wenn durch den Beweis andrer Umstände, als des zu beweisenden, dennoch die richterliche Ueberzeugung oder Vermuthung in Ansehung des eigentlich zu beweisenden, wegen der vorhandenen, sey es nun nothwendigen, oder mehr oder minder innigen Verbindung desselben mit dem Bewiesenen, hervorgehet. *Natürlichen* Beweis hingegen nennt man denjenigen, durch welchen von dem eigentlichen Beweissatze geradezu und *unmittelbar* die Ueberzeugung hergestellt wird, oder doch hergestellt werden soll.

(a) *Gönner II. S.* 345.

§. 84.

Mittel zur Beweisführung.

a.) Augenschein. b.) Gutachten der Kunstverständigen.

Ein vorzügliches, anschauende Gewifsheit wirkendes Beweismittel ist die *Besichtigung*, oder der *Augenschein*, d. h. diejenige Handlung des Richters, bey welcher er sich, durch eigene Anschauung sichtbarer Merkmale, sey es an Personen oder Sachen, von der Wahrheit einer Angabe zu überzeugen sucht, und die aufgefundenen Merkmale für jeden dritten erkennbar in den Acten darstellt.

Da, wo die sichtbaren Merkmale einer Sache nur von dem Kennerauge erkannt, oder nur durch Kennerhand richtig in den Acten dargestellt werden können, ist es nothwendig, dafs der Richter, bey welchem, die Rechtskenntnifs ausgenommen, nur gemeiner Menschensinn und gemeine Erfahrung vorausgesetzt wird (a), sein Auge oder seine Darstellung durch das Auge oder die Darstellung vereideter Sachverständigen unterstütze. Kunstverständige erscheinen in solchen Fällen als nothwendige Gehülfen des Richters beym Augenscheine.

(a) *wenn er auch wirklich mehr leisten könnte.*

Nicht aber bloſs bey dem Augenscheine kommen Kunstverständige als richterliche Gehülfen vor. Nicht selten sind auch dieselben als Gehülfen für das richterliche *Urtheil* über die wahrgenommenen Merkmale des Streitgegenstandes nothwendig. Dieſs ist der Fall, so oft das, der Beurtheilung des rechtlichen Verhältnisses vorauszusetzende factische Verhältniſs nur vermittelst eines Schlusses richtig erkannt werden kann, welcher mehr als gewöhnliche Kenntnisse und Erfahrungen des gebildeten Mannes voraussetzt. Das hier von Kunstverständigen, sey es nach eingenommenen Augenscheine, oder ohne denselben, nothwendig zu verlangende Kunstgutachten ist keineswegs als Zeugenaussage, sondern als Theil des Richterspruchs zu betrachten, und die Kunstverständigen selbst können nicht nach ihrer entfernten Aehnlichkeit mit Zeugen, sondern müssen als Gehülfen des Richters (judices facti) in ihrem rechtlichen Verhältnisse zu diesem selbst und zu den Parthieen beurtheilt werden.

Sie werden nicht, wie Zeugen, willkührlich von einem Theile ernennt, sondern sind bald von dem Staate zu diesem Geschäfte angesetzt, bald werden sie durch eine Art von Compro-

mifs von beyden Parthieen und dem Richter dazu bestellt.

Sie werden nicht, wie Zeugen, durch Verdachtsgründe nur *minder glaubwürdig*, sondern sie können aus diesen Gründen, gleich dem Richter, *verworfen* werden.

Sie geben nicht, wie Zeugen, Rückerinnerungen an *sinnliche Wahrnehmungen*, sondern sie *urtheilen* über sinnliche Merkmale, und über dieses Urtheil gebührt (nach dem Grunde, welcher ihre Zuziehung nothwendig macht) dem *Richter* keines in höherer Instanz.

Bey ihnen wirkt nicht, wie bey dem Widerspruche der Zeugenaussagen, die Verschiedenheit in den Resultaten ihres Urtheils, sondern es mufs hier, wenn man nicht, wie bey Schätzern (a), die in der Mitte zwischen den verschiedenen Angaben liegende Bestimmung treffen kann, durchaus die Mehrheit der Stimmen entscheiden (b).

(a) *Von den Schürtzen.*

(b) *Unwiderleglich hat diefs* G ö n n e r *bewiesen. Vergl. XXV.* 4. *fr.* 1. *Vorzüglich entscheidet mir noch die Analogie von dem arbiter. IV.* 8. *fr.* 17. 18. 27. *§.* 3. *Ueber Augenschein*

Endlich muſs die Kraft ihres Urtheils bald nach den Grundsätzen schiedsrichterlicher Entscheidungen, bald nach den, bey den Urtheilen der Staatsrichter geltenden Grundsätzen analogisch beurtheilt werden. In diesem letzten Falle muſs es von den streitenden Theilen als beschwerend angegriffen werden können, und obgleich hierbey keine Nothfristen bestimmt sind, so kann man doch mit Gewiſsheit behaupten, daſs alsdann in höherer Instanz wieder nur Kunstverständige urtheilen können, und daſs für die Zahl der, hier zulässigen Instanzen nur die Analogie dessen, was von den Instanzen gegen *Rechtsurtheile* gilt, entscheidend seye.

§. 85.

e.) Zeugenaussagen.

Ein ferneres Mittel, die Wahrheit einer Angabe zu beweisen, besteht darin, daſs man unpartheiische *Dritte* anzuführen im Stande ist, welche das Angegebene gleichfalls, als auch von ihnen selbst *durch sinnliche Wahrnehmung bemerkt*, aussagen. Die Kraft einer

und Kunstverständige, siehe eine treffliche Abhandlung bey Gönner Handb. II. XXXV. welcher ich gröstentheils gefolgt bin.

solchen Aussage, als Beweismittels, hängt theils davon ab, ob der Aussagende wirklich richtig wahrgenommen habe, und nicht etwa durch seine Sinne getäuscht worden sey, theils davon, ob derselbe überhaupt eine richtige Wahrnehmung machen *können*, und ob er den Willen habe, die gemachte Wahrnehmung *unverfälscht* mitzutheilen. Ein Zeuge, welcher, entweder überhaupt, oder doch in einer bestimmten Sache, keine richtige Wahrnehmung machen *kann*, oder von welchem es im Allgemeinen, oder nach den Gesetzen *gewiſs* ist, daſs er, entweder überhaupt oder doch in einer bestimmten Sache, nicht seine Wahrnehmung unverfälscht mittheilen *wolle*, ist ein völlig *unglaubwürdiger* oder *unfähiger* Zeuge (testis inhabilis l' absolute l' secundum quid talis). Ein Zeuge, von welchem es *zweifelhaft* ist, ob er seine Wahrnehmung unverfälscht mittheilen könne oder *wolle*, ist ein *verdächtiger* Zeuge (testis suspectus). Ein Zeuge, welchem in keiner dieser beyden Rücksichten ein Zweifel entgegensteht, ist ein *völlig glaubwürdiger* Zeuge (testis classicus s. omni exceptione major).

§. 86.

Fortsetzung. Unglaubwürdige Zeugen. Verdächtige.

Zu den völlig unglaubwürdigen Zeugen gehören daher 1.) diejenigen, welche von den, zu Wahrnehmungen nothwendigen sinnlichen Organen entweder überhaupt, oder doch von den, zu der bestimmten Wahrnehmung, wovon die Rede ist, erforderlichen keinen richtigen Gebrauch machen können (a) 2.) Diejenigen, welche, sey es Altershalben oder aus andern Gründen, nicht die, durch die Organe empfangenen Sinneneindrücke richtig aufzufassen vermögen (b). 3.) Diejenigen, welche als Meineidige, Ehrlose (c), oder wegen eines schweren peinlichen, von niederträchtiger Ge-

(a) *L.* 17. *fr.* 40.

(b) *XXII.* 5. *fr.* 3. *§.* 5. *fr.* 19. *§.* 1. *Die Gesetze bestimmen in Ansehung des frühen Alters im Allgemeinen die Mündigkeit als den Zeitpunkt, von welchem an ein Mensch unter die glaubwürdigen Zeugen solle gezählt werden können.*

Von den Depositionen eines Mündigen über Vorfälle, welche er als Unmündiger wahrgenommen.

(c) *XXII.* 5. *fr.* 2. 3. *§.* 5. *fr.* 18. *etc.*

sinnung zeugenden Verbrechens (a) sich des bürgerlichen Glaubens unwürdig gemacht haben, oder 4.) dadurch, daſs sie Bestechungen angenommen haben, oder sich selbst widersprechen, beweisen, daſs lautere Wahrheit auszusagen keineswegs ihr Zweck sey (b). 5.) Diejenigen, welche keine Notiz von der Sache haben können. 6.) Diejenigen, welche nicht Dritte, sondern im Grunde selbst Parthie sind (testes in propria causa).

Zu den verdächtigen Zeugen hingegen gehören 1.) diejenigen, von welchen es zweifelhaft ist, ob sie richtig wahrnehmen konnten z. B. etwas Betrunkene.

2). Diejenigen, deren Glaubhaftigkeit zweifelhaft ist. Hieher gehören α) diejenigen, deren Lebensart und öffentlich geäusserte Grundsätze ihnen wahre Verächtlichkeit (infamiam facti) zugezogen haben, β) diejenigen, welche eigentlich *peinliche*, wenn gleich nicht von Niederträchtigkeit der Gesinnung zeugende Verbrechen begangen haben; γ) alle diejenigen, von welchen man, wegen ihres Verhältnisses zu *ei-*

(a) *Schneider a. a. O. §.* 114. *folg.*

(b) *XXII,* 5. *fr.* 3. *§.* 5. *fr.* 16.

ner der Parthieen, oder aus irgend einem anderen Grunde annehmen könnte, daſs sie ein Interesse dabey hätten, gerade so und nicht anders auszusagen. Man rechnet dahin diejenigen, welche irgend einen Vortheil oder Nachtheil von ihrer Aussage zu erwarten haben (a), welche mit *einer* der Parthieen in dem Verhältnisse der innigsten Freundschaft, der nahen Verwandtschaft, oder Verschwägerung, der Dienstabhängigkeit (b) u. d. gl. stehen, Feinde der einen Parthie (c) u. s. w. —

Die unglaubwürdigen Zeugen sind gar nicht als Zeugen zu betrachten und dürfen daher, wenn man vor der Abhörung den Grund ihrer Unfähigkeit weiſs, nicht abgehört werden. Die verdächtigen Zeugen hingegen können nicht nur

(a) *XXII.* 5. *fr.* 3. *pr. fr.* 10.

(b) *XXII.* 5. *fr.* 9. *C. IV.* 20. *const.* 3.

(c) *XXII.* 5. *fr.* 3. *pr. Nov.* 90. *c.* 7. *Diffamanten sind, als mittelbar Zeugen in eigener Sache, ganz unzulässig. Zeugen von Hörensagen und Dafürhalten sind zwar nicht verdächtig, allein der Inhalt ihrer Aussage kann freylich für sich wenig, oder vielmehr gar nichts beweisen, wenn nicht gerade das Hörensagen das Beweisthema bildet.*

den Character der vollen Glaubwürdigkeit erlangen, sobald die Parthie, welche Ursache hätte, ihre Glaubwürdigkeit zu bezweifeln, diese nicht bezweifelt, indem sie entweder nichts gegen dieselben einwendet, oder sie gar selbst als Zeugen aufführt, sondern sie müssen auch, der Einwendungen der, hierzu berechtigten Parthie ungeachtet, dennoch abgehöret werden, in welchem Falle aber ihre Aussage nicht die nämliche Kraft hat, wie die eines classischen Zeugen. (a).

§. 87.

Fortsetzung. Vollständiger, unvollständiger Zeugen-Beweis.

Wenn auch kein Zweifel gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen aufgeworfen wird, oder aufgeworfen werden kann, wenn auch selbst für die Erhöhung dieser Glaubwürdigkeit dadurch gesorgt wird, daſs der Zeuge vor Gericht und

(a) *XXII.* 5. *fr.* 3. *§.* 1. 2. *fr.* 21. *§.* 3.

Anm. *Welche Bürger können nicht zum Zeugniſsablegen gezwungen werden? XXII.* 5. *fr.* 4. *et* 5. *fr.* 25. *C. IV.* 20. *const.* 6. *I.* 31. *X. c.* 2.

eidlich abgehört werden mufs; (a) so bleibt doch bey der Aussage *eines* klassischen Zeugen immer noch *der* Zweifel: ob ihn seine Sinne nicht getäuscht haben. Dieser Zweifel wird entfernt, wenn ein oder mehrere andere klassische Zeugen gerade dasselbe auch als ihre Wahrnehmung angeben. Defswegen erfordern die Gesetze die übereinstimmende, völlig gleiche Aussage, wenigstens *zweyer klassischen* Zeugen, wenn das, was sie aussagen, als volle juristische Gewifsheit betrachtet werden soll. (b) Die Aussage *eines* klassischen Zeugen würde aber immer einen, nahe an Gewifsheit gränzenden Beweis begründen. Aus der Verbindung der Aussagen verdächtiger Zeugen kann nie voller Beweis entstehen. (§. 83.) Eben so wenig kann dieser durch die Verbindung mehrerer klassischen *singulären* Zeugen erbracht werden, obgleich durch diese Verbindung, wenn der von dem einen Zeugen bekundete Umstand

(a) *testi injurato haud creditur IV.* 20. *C.* 2. 9. 16. 18. *Geistliche machen hier keine Ausnahme II.* 20. *X. c.* 51. *Auch der Adel kann nicht vom Eide befreyen, wohl aber Fürsten und Regentenwort.*

(b) *C. IV.* 20. *const.* 9.

Vermuthungsgrund für den, von einem andern ausgesagten ist (singularitas adminiculativa), ein sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet wird.

§. 88.

d) Urkunden.

Unter *Urkunden* (documenta) versteht man schriftliche Aufsätze über irgend einen Gegenstand, in soferne dieselben zur Ausfindigmachung der Wahrheit bey Rechtsstreitigkeiten gebraucht werden können. — Alle Urkunden sind entweder schriftliche Verzeichnungen eines Geschäftes selbst, welche in der Absicht verfertigt wurden, damit das Geschäft seine Gültigkeit erhalten, oder doch dadurch erwiesen werden sollte, z. B. Testamente, Contracte etc. oder sie enthalten eine Behauptung, — eine Erklärung der einen Parthie, daſs sich etwas auf die angegebene Art verhalte; oder sie enthalten die Erklärung von Dritten über eine von diesen gemachte Wahrnehmung — ein Zeugniſs. Nach diesen Verschiedenheiten muſs die Beweiskraft der Urkunden verschieden seyn. In dem letzten Falle nämlich kann die Beweiskraft der Urkunde die Beweiskraft eines Zeugnisses nicht überschreiten, mithin wird durch sie, da dieses

Zeugniſs nur ein auſsergerichtliches, unbeschworenes seyn kann, nur eine entfernte Vermuthung begründet, es sey denn, daſs sie die Erklärung eines solchen seye, der dazu *authorisirt* ist, daſs seine Erklärungen über die Wahrheit einer Begebenheit oder eines Verhältnisses öffentlichen Glauben haben sollen. — Im zweyten Falle kann die schriftliche Behauptung nur die Kraft eines *Geständnisses* haben, und mithin nie einen, von dem Gegentheile nicht behaupteten Umstand, weder vollständig noch unvollständig beweisen, es sey denn, daſs der Wille der Gegenparthie und die Gesetze in bestimmten Fällen diesen Behauptungen eine Art von Beweiskraft zugestünden, wie bey Handelsbüchern und Bemerkungen der Eltern über Familiengeschäfte mit den Kindern. — Im ersten Falle endlich kann den Urkunden die Kraft nicht abgesprochen werden, daſs durch sie die Existenz des darinn enthaltenen Geschäfts vollkommen bewiesen werden könne.

§. 89.

Oeffentliche, Privaturkunden. Beweis der Authenticität.

Welche Beweiskraft es aber auch sey, die aus dem Inhalte einer Urkunde abzuleiten möglich

lich ist; so ist es doch klar, daſs diese Beweiskraft nur dann eintreten könne, wenn es gewiſs ist, daſs derjenige die Urkunde wirklich verfaſst habe, welcher als der Verfasser derselben angegeben wird. Darum ist es nöthig, daſs diese Autorschaft entweder ausdrücklich oder stillschweigend (a) anerkannt, oder, wenn dieses nicht geschieht, auf andere Art bewiesen werde. Jedes Beweismittel, wodurch überhaupt Beweis gewirkt werden kann, ist auch zur Herstellung des Beweises der Autorschaft hinlänglich; jedoch ist die *Schriftenvergleichung* durch *Kunstverständige* (b) kein untrügliches Mittel, weswegen hieraus, selbst wenn die Kunstverständigen volle Aehnlichkeit der Schriftzüge anerkennen, nur eine dringende, durch den Eid noch zu erfüllende (§. 94.) Vermuthung entspringt (c). Wird kein anderer Be-

(a) *z. B. wenn der, gegen welchen die Urkunde dienen soll, keine Einwendungen gegen dieselben macht, oder sie gar selbst gebraucht.*

(b) *Nicht durch Zeugen. Recognitio documenti per testes, als verschieden von der probatio veritatis documenti per testes, ist ein Unding.*

(c) *Nov. 49. c. 2. Nov. 73. c. 7. J. S. A. Büchner de probatione per literarum comparatio-*

weis der Aechtheit der Urkunde geführt, so nimmt man, dem Gerichtsgebrauche zur Folge, an, daſs alsdann hierüber stillschweigend der Eid zugeschoben worden seye (juramentum diffessionis), dessen Abschwörung denn natürlich alle Brauchbarkeit der Urkunden vernichten muſs.

Bey allen *öffentlichen* Urkunden hingegen (d. h. solchen, welche von jemand ausgestellt sind, der dazu authorisirt ist, den von ihm, oder in seinem Beyseyn vollzogenen Schriften einen öffentlichen Glauben beyzulegen) bedarf es dieses Beweises der Authenticität nicht, sobald nur ihnen nicht die gewöhnliche Form der öffentlichen Urkunden abgeht. Zu diesen öffentlichen Urkunden werden auch die Notariatsinstrumente gerechnet; von drey

nem. Gött. 1779. Ist nicht die volle Aehnlichkeit von den Kunstverständigen behauptet worden, so muſs der andere Theil zur Reinigung den Diffessionseid schwören, der mithin bald ein nothwendiger, bald ein zugeschobener Eid seyn kann. Anerkennung der Unterschrift und Abläugnen des Innhalts geht nicht an, sondern dieses ist Gegenstand eines besonderen Gegenbeweises des Anerkennenden. Ueberhaupt vergl. die lezte Abhandlung im 2ten Bande des Gönnerschen Handb.

männlichen Zeugen unterschriebene hingegen (instr. quasi publica) haben, wenn gleich denselben sonst durch die Gesetze die Kraft öffentlicher Urkunden, in Ansehung des davon zu machenden Gebrauchs, zugeschrieben wird (a), in Ansehung des Beweises der Authenticität keinen Vorzug vor anderen, von zwey gültigen Zeugen unterschriebenen und anerkann-

(a) *C. VIII.* 18. *const.* 11.

Urkunden welche sich auf andere beziehen, beweisen für sich, wenn sie nicht den Innhalt derjenigen, auf welche sie sich beziehen, enthalten, nichts für die Sache. Enthalten sie diesen, so kömmt es darauf an, was, nach §. 88., *die Urkunde, auf welche sie sich beziehen, beweisen konnte.*

Vidimirte (oder fidemirte) Abschriften sind zwar in Ansehung des Innhaltes dem Originale gleich, ob aber das Original ächt seye, kann an ihnen nicht erkannt werden. Nicht vidimirte Abschriften können selbst für die Uebereinstimmung mit den Innhalte des Originals nicht Glauben fordern, sondern höchstens durch ihr Alter nur diese Uebereinstimmung wahrscheinlich machen.

Von der Vermuthung der Aechtheit der Archivalurkunden und der Beweiskraft in Archiven befindlicher Copialbücher.

ten Urkunden, indem nur durch diese Anerkennung ein voller Beweis der Autorschaft geliefert und mithin die Anerkennung oder Abläugnung des Verfassers selbst überflüssig gemacht wird.

§. 90.

f) *Eide. Freiwillige, nothwendige Eide.*

Zuletzt muſs unter den Mitteln, einen Beweis zu führen, des *Eides* gedacht werden. Der Eid ist eine Versicherung (promissio l'assertum), welche, indem man die Reflexion des Versichernden auf seine Pflicht (Gottes Gebote) zu fesseln sucht, auf eine Art gethan wird, daſs man mit gröſserer Sicherheit erwarten kann, in dem Zutrauen auf die Moralität des Versichernden nicht getäuscht zu werden (a).

Da ein jeder Theil, vermöge seiner Befugniſs, über das Seinige nach Belieben zu verfügen,

(a) *Ueber den Eid, von Justus von Schmidt genannt Phiseldeck. Helmstädt* 1798. *J. E. Chr. Schmidt Gedanken über den Eid, nebst einem Nachtrage von mir in meinem Magazin für die Philosophie des Rechts und der Gesetzgebung* 1. *B.* 2. *H. n.* 3 *et* 4.

Malblanc doctr. de jure jurando.

auch unstreitig die Ableistung eines bestimmten Eides von der andern Seite zur Bedingung des Vertrags über einen Rechtsstreit machen kann, so kann darüber, daſs der von der einen Seite deferirte und von der andern angenommene und abgeschworene Eid zu den möglichen willkührlichen Vergleichsmitteln eines, gleichviel ob schon anhängigen oder noch nicht anhängigen, Rechtsstreites gehöre, kein Zweifel seyn.

Dagegen würde es nicht von selbst folgen, daſs der Eid dem Richter über ein bestrittenes Factum juridisch vollständigen Beweis verschaffen könne, und man würde das Recht des Beweisführers, den Gegner zum Eide über ein zu beweisendes Factum wenigstens mittelbar zu nöthigen, gar sehr bezweifeln müssen, wenn nicht alle unsre positiven Gesetze den Eid *als Beweismittel* aufgenommen und nicht nur dem Beweisführer das Recht, durch *Eideszuschiebung* (iuramentum iudiciale voluntarium s. delatum) Beweis zu führen, sondern auch für den Richter die Verbindlichkeit, den *geführten* unvollständigen Beweis durch *Eidesauflegung* (iuramentum necessarium) zu ergänzen, begründet hätten.

Die nothwendigen Eide sind als Beweismittel immer nur subsidiarische d. h. nur, wo keine Beweisführungen mehr vorkommen, eintretende; hingegen die freiwilligen können wohl, aber sie müssen keineswegs nothwendig nur bey dem Mangel anderer Beweismittel vorkommen. (a)

§. 91.

Freywilliger Eid. Natur desselben als Beweismittels.

Ursprünglich war wohl der, sey es in oder außer Gericht, von dem einen Theile dem andern zugeschobene Eid (iuramentum iudiciale et extrajudiciale) bloſses Vergleichsmittel. Bald aber verknüpfte sich mit dem judiciellen Eide die Vorstellung von einem Beweismittel und diese Vorstellung befestigte sich, zumal nach Einführung der nothwendigen Beweiseide, immer mehr, so daſs der judicielle Eid, obgleich derselbe in Hinsicht seines *Grundes* immer etwas, einem Vergleiche *ähnliches* beybehielte, doch in Hinsicht seines *Zweckes* nach

(a) *Hier ist nur von dem Eide als Beweismittel für den Richter (iuramentum litis decisorium) die Rede, nicht von den sonstigen processualischen, gröſstentheils unnützen Formalitätseiden, dem iuramento calumniae und seinen Unterarten.*

der Natur eines Beweismittels immer mehr modificirt wurde.

Hieraus bestimmt sich izt einzig die Begriffsverschiedenheit zwischen dem *gerichtlichen* (*processualischen*) und *außergerichtlichen* Eide. Dieser ist nämlich (da auch in dem Gerichte Vergleichsvorschläge gemacht werden können) der, *zum Zwecke* einer vergleichsmäßigen Lösung des Rechtsstreites, jener hingegen der, *zum Zwecke* eines dem Richter zu führenden Beweises, von dem einen Theile dem andern (a) zugeschobene Eid.

Da der außergerichtliche Eid, sobald der durch ihn bezweckte Vergleich zu Stande kömmt, natürlich alles processualische Verfahren aufhebt (b), so ist hier nur der gerichtliche Gegenstand unsrer Betrachtung.

(a) *Dritten kann kein Eid zum Beweise deferirt werden, wohl aber solchen, welche, wenn sie auch nicht persönlich in dem Processe als Gegenparthie erscheinen, doch juristisch als eine Person mit der Gegenparthie betrachtet werden müssen. Die Römer ließen zwar auch Curatoren und Tutoren zum Eide für den Pupillen und Curanden zu, allein aus einem Grunde, welcher heutzutage nicht mehr Statt findet.*

(b) *Ueber den außergerichtlichen Eid vergl. Zirkler in meinem Magazine I. IV. n. 11. Von*

Dieser hat, dem Gesagten zur Folge, I.) in Hinsicht seines Entstehungsgrundes allerdings etwas Vergleichsähnliches an sich. Darum können 1.) nur diejenigen, welche einen Vergleich schliefsen können und nur unter den Bedingungen, unter welchen sie dies können, einen Eid deferiren (a); darum können 2.) nur über solche Sachen, welche durch einen Vergleich der Interessenten rechtlich geschlichtet werden dürfen, Eide deferirt werden (b) und mithin keineswegs zur Auflösung des *ehelichen* Bandes (c); und obgleich in soferne allerdings eine kleine Abweichung von dem Begriffe eines Vergleichs Statt findet, dafs derjenige, welchem der Eid deferirt worden ist, denselben nicht nach Willkühr annehmen oder ausschlagen kann, so liegt dagegen allerdings eine Vergleichsähnlichkeit darin, dafs die Gesetze doch 3.) den Delaten nicht unbedingt zur Annahme verbinden, sondern ihm zwischen dieser *Annahme*, der *Zu-*

dem Verhalten des Richters, wenn in einem anhängigen Processe ein Theil dem andern einen solchen Eid deferirt.

(a) *XII.* 2. *D. fr.* 9. *§.* 4. *fr.* 17. 18. 19.

(b) *ib. fr.* 9. *§.* 7. *fr.* 10.

(c) *II.* 24. *X. c.* 34. *II.* 27. *X. c.* 7. *Malblanc §. XLVI. ibiq. citt.*

rückschiebung des zugeschobenen Eides (a) und einer entgegengesetzten Beweisführung (*Gewissensvertretung durch Beweis*, probatio pro exoneranda conscientia (b)) die Wahl gestatten und es ist Folge dieser Vergleichsähnlichkeit, wenn 4.) nach der geschehenen Wahl keine weitere Wahl gestattet (c), auch 5.) dem Deferenten, dem zurückgeschobenen Eide durch andre Beweisführungen sich zu entziehen, nicht zugegeben wird. (d)

(a) *„Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec juramentum referre“ XXII. 2. D. fr. 38. Doch muſs der Deferent überhaupt, und für den Richter beweisend (§. 92.) schwören können. II. 24. X. c. 36.*

(b) *Daſs diese den Römern nicht unbekannt gewesen sey, sucht Malblanc a. a. O. S. 207. sqq. zu erweisen. Das Gegentheil behauptet Koch pr. de probatione pro exoneranda conscientia in foro romano ignota.*

(c) *Malblanc S. 200. 206. Doch giebt man demjenigen, welcher die Gewissensvertretung durch Beweis vergeblich gewählt hatte, eine nochmalige Wahl zwischen Annahme and Zurückschiebung. Malblanc §. LVIII.*

(d) *ibidem et Danz §. 379.*

§. 92.

Fortsetzung.

Dagegen wird II.) der gerichtliche Eid, in Hinsicht auf seinen Zweck, auch dadurch, daſs er dem Richter beweisen soll, bestimmt. Es folgt hieraus 1.) daſs von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden könne, wenn es möglich ist, daſs, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann. Der Eid kann darum nicht über Umstände deferirt werden, deren Wahrheit selbst den Beweissatz unerwiesen läſst (a), wenn nicht die beweisführende Parthie ihren ganzen Beweis von dieser Wahrheit abhängig machen will, in welchem Falle es aber nicht mehr gerichtlicher, sondern aussergerichtlicher Eid, zum Zwecke eines Vergleiches, ist. Darum hat eine Eidesdelation nur über Facten, nicht über Urtheile aus Facten Statt, welche ihrer Natur nach, wenn sie auch eine Parthie für wahr halten sollte, den Richter noch nicht Wahrheit erkennen lassen,

(a) *II.* 24. X. *c.* 26.

wie z. B. bey dem Beweise eines Gewohnheitsrechtes (a). Darum endlich kann kein Eid über Punkte deferirt werden, von welchen derjenige, welchem der Eid zugeschoben wird, nichts mit Gewiſsheit wissen konnte (b) (fremde Facten), es sey denn, daſs der Gegentheil von dem bloſsen Glauben dessen, welchem der Eid deferirt worden, sein Recht abhängig machen wolle (juramentum de credulitate) (c), in welchem Falle aber dieser Eid wieder nur aussergerichtlicher seyn würde.

Es ist ferner 2.) Folge aus jenem Grundsatze, daſs derjenige, welcher seinen Be-

(a) *Man sehe, zur Berichtigung Pufendorfs und Claproths, Malblanc l. c. p.* 137.

(b) *Malblanc l. c. pag.* 134. *Wernher P. III. obs.* 54. *Daher kann Vormündern und Curatoren nur über ihre eignen Handlungen der Eid deferirt werden, darum brauchen von Gemeinheiten oder Streitgenossen nur diejenigen zu schwören, welche durch ihre Gegenwart Notiz von der Handlung haben konnten, gegen die übrigen, wenn sie gewählt werden sollten, kann man sich darum der Einrede der Unfähigkeit bedienen.*

(c) *vergl.* §. 95.

weissatz schon erwiesen hat, den über das directe Gegentheil ihm deferirten Eid nicht auszuschwören braucht (a), und daſs 3.) dem Richter das Recht, die Formel des deferirten Eides nach dem Thema des dadurch zu ersetzenden Beweises zu modificiren, beygelegt werden muſs (b). Vielleicht könnte 4.) hieher auch die Befugniſs des Deferenten, den schon angenommenen Eid, so lange derselbe noch nicht abgeschworen worden, zurückzunehmen und an dessen Stelle neu aufgefundenen, oder doch noch nicht rechtlich ausgeschlossenen anderen Beweis zu setzen (c), gerechnet werden, obgleich wahrscheinlich diese Justinianeische, von dem älteren Rechte (d) ganz

(a) *II.* 19. *X. c.* 2.

(b) *XII.* 2. *D. fr.* 34. §. 8. *Auch giebt diese Modification demjenigen, welcher den deferirten Eid einmal angenommen hat, kein Recht, von seiner Annahme wieder abzugehen. Ueberhaupt siehe die treffliche Abhandlung Gönners I. n.* 20.

(c) *C. IV.* 1. *const.* 11. *et* 12. *Zu dem einmal zurückgenommenen Eide kann aber der Deferent nie wieder seine Zuflucht nehmen. Malblanc S.* 198. *sqq.*

(d) *II.* 4. *Cod. c.* 16. 39.

abweichende Verordnung, nach der Denkungsart ihres Urhebers, aus einem andern Grunde ihre Erklärung finden dürfte.

Auch in Hinsicht der Folgen des abgeschworenen Eides zeigt sich, nach dem neueren Rechte, die Wirksamkeit des Grundsatzes, daſs der gerichtliche Eid Beweismittel ist, wovon §. 95.

§. 93.

Nothwendige Eide. Erfüllungs-Reinigungs-Eid.

Wenn durch den geführten Beweis eine *dringende* Vermuthung für den Beweissatz begründet worden ist, oder doch eine solche für diesen, auch ohne Beweisführungen, streitet, so ist es schon den römischen Gesetzen gemäſs (a), daſs der Richter sich den noch vorhandenen Zweifel dadurch zu entfernen sucht, daſs er noch von dem Beweisführer eine eidliche *Erhärtung* seines Beweissatzes verlangt, wodurch denn der geführte unvollständige Beweis ergänzt wird. Ein solcher Eid führt daher schicklich den Namen des *Ergänzungseides* (juramenti suppletorii). Ist hingegen durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz schwache Vermuthung begrün-

(a) *XII.* 2. *D. fr.* 31, *C. IV.* 1. *const.* 3 *et* 12. *§.* 1.

det worden, oder kann der, welcher eine dringende Vermuthung für seinen Beweissatz begründet hat, nicht zur Ableistung des Ergänzungseides, aus besonderen Gründen, zugelassen werden, so ist es einem, aus dem Mittelalter abgeleiteten Gebrauche gemäſs (a), von dem, gegen welchen bewiesen wurde, zu verlangen, daſs er sich von dem, gegen ihn vorhandenen Verdachte eidlich reinige. Diesen Eid nennt man daher den *Reinigungseid* (juramentum purgatorium).

Diese nothwendigen Eide können nur in denselben Fällen statt finden, in welchen eine Eideszuschiebung als Beweismittel (§. 92.) möglich ist, und sie sind durchaus subsidiarische Beweismittel. Ihre Ableistung kann daher nur dann durch die Gewissensvertretung mit Beweis verhindert werden, wenn noch andre Beweismittel übrig sind, welche nicht für übergangen geachtet werden können, weil sie entweder neu aufgefunden worden, oder weil ihr Gebrauch an keine bestimmte Frist gebunden ist, oder endlich weil die bestimmte Frist noch nicht verstrichen ist, welches letztere fast nur bey dem Reinigungseide der Fall seyn kann.

(a) *Malblanc l. c. L. IV. o. IV. §. CVIII. sqq.*

Uebrigens bringt es die Natur eines *nothwendigen* Eides mit sich, daſs bey demselben nicht von einer Zurückschiebung die Rede seyn könne.

§. 94.

Verschiedene Benennungen des zugeschobenen und nothwendigen Eides.

In vielen Fällen hat man von dem eigenthümlichen Inhalte der zugeschobenen oder vom Richter, zur Beförderung seiner Prüfung, aufgelegten Eide, eigenthümliche Benennungen derselben abgeleitet. Diese Benennungen indessen haben die mehrsten Rechtslehrer so getäuscht, daſs sie, den wahren Grund derselben nicht ahndend, glaubten, denselben in generischen Verschiedenheiten dieser benannten Eidesarten von den übrigen finden zu müssen, und dadurch in die Lehre von den processualischen Eiden eine Verwirrung brachten, welche der Wissenschaft nicht anders, als nachtheilig seyn konnte. —

So ist das ganze sogenannte juramentum in litem, nebst allen seinen Unterarten, dem juramento in litem affectionis et veritatis, dem juramento Zenoniano, juramento quantitatis (a)

(a) *Dieser hat aber keineswegs Statt, wenn der Schuldner bestimmt einen Theil der Schuld aus eigenem Wissen abläugnet.*

u. s. w. nichts weiter, als eine Art des Erfüllungseides, welcher durch die, häufig aus der Natur der Sache fließsende größsere Zutrauenswürdigkeit des Klägers gerechtfertigt, nicht selten auch durch des Beklagten eigene Schuld nothwendig wird (a). So ist der Perhorrescenzeid, seiner ursprünglichen Natur nach, nur eine Art des Erfüllungseides (§. 32.), so der Diffessionseid bald eine Art des zugeschobenen, bald eine Art des nothwendigen Eides (b). Eben so ist es mit dem Editions- dem Manifestations-Eide u. s. w. (c) Von ihnen muſs daher alles gelten, was von der Gattung, zu welcher sie gehören, gilt.

Daſs die Eintheilung des Eides in den über eigenes Wissen (de veritate) und den über Nichtwissen (de ignorantia) keine generische Verschiedenheit andeute, ist allgemein bekannt; daſs es aber auch Eide geben könne, deren Inhalt auf ein bloſses Glauben des Schwörenden gerichtet sey (juramentum de cre-

(a) *XII. 3. D. — Malblanc l. c. §. LXXIII. p. 278. sqq.*

(b) *Nicht ganz so glaubt Malblanc l. c. §. L. p. 179.*

(c) *Malblanc §. XLVII. sqq.*

credulitate), ist eine irrige Erfindung der Rechtsgelehrten, welche ohne Bedenken in das Reich der Träume verwiesen werden kann (a).

§. 95.

Folgen des Eides a) *des abgeschwornen* b) *des verweigerten.*

Die Abschwörung der Entscheidungseide hat zur Folge, daſs nun dasjenige, was durch sie versichert wird, von dem Richter als juristisch gewiſs betrachtet und darum, als solches, seinem Urtheile zum Grunde gelegt werden muſs. Der abgeschworene Eid führt daher zu einem Urtheile, welches, auf diese Beweisart gestüzt, keine gröſsere Kraft, als ein auf andere Beweise aufgebautes Urtheil in Anspruch nehmen kann, und daher so gut, wie diese, wegen neu aufgefundenen, entgegengesetzten Beweisen, wieder aufgehoben werden kann, ein Grundsatz, welcher nicht nur in Ansehung des Erfüllungseides ausser allem Zweifel (b) sondern auch durch die neuesten römischen Gesetze auf den ge-

(a) *Malblanc* §. XLIV. p. 135. *Tevenar* l. c. S. 88. *Schneider* a. a. O. §. 60.

(b) XII. 2. D. fr. 31.

richtlichen freywilligen Eid ausgedehnt worden ist (a). Allein freilich können nur solche Beweismittel, welche entweder moralische Gewifsheit wirken, oder doch Gegenbeweis und Beweis des entgegengesetzten in sich vereinigen, die Kraft haben, dafs durch sie nicht nur die aus dem abgeleisteten Eide gezogene Folgerung vernichtet, sondern auch die Folgerung auf das Gegentheil rechtlich begründet werde (b). Die Folge des verweigerten Eides ist, dafs die Punkte, über welche er zu leisten war, für eingeräumt gehalten werden (c).

Dem abgeleisteten Eide gleich ist der von der Gegenparthie erlassene (jur. remissum (d)).

Dafs aber der angenommene Eid für abgeschworen zu halten sey, wenn derjenige,

(a) *C. IV. 1. const. 13. Die Gründe aus welchen sich* Malblanc *in seinem neuesten Werke (princ. jur. rom. §. 477.) zu einer eingeschränkteren Auslegung dieses Gesetzes bewogen findet, scheinen mir nicht überzeugend.*

(b) *So glaube ich dasjenige näher bestimmen zu müssen, was* Malblanc *§. LXIV. et LXV. sagt.*

(c) *XII. 2. D. fr. 34. §. 9. fr. 38.*

(d) *XII. 2. D. fr. 6. et 9. §. 1.*

welcher ihn angenommen hatte, vor der wirklichen, nicht durch seine Schuld verzögerten Ableistung, stirbt, möchte ich höchstens nur dann behaupten, wenn der Gegenparthie eigenes, absichtliches in die Länge Ziehen den Grund der Nichtableistung enthielte (a). In den übrigen Fällen würde aber wohl, wenn die Erben nicht schwören können, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die verstrichene Beweisfrist nicht abzuschlagen seyn.

§. 96.

Von den Gegenbeweisen.

Dem *Beweise* ist der *Gegenbeweis* entgegengesetzt. Man versteht unter diesem eine Handlung derjenigen Parthie, gegen welche ein Beweis geführt wird, vermittelst welcher dieselbe, durch neues factisches Vorbringen, die Rechtsvermuthung, gegen welche der Beweis gerichtet ist, zu unterstützen sucht.

(a) *non omnis moriens est Johannes Evangelista Berger El. disc. for. p. 577. Doch sind die mehrsten, selbst Malblanc (§. LVI) zum Theil, anderer Meinung.*

Da das Bestreben, dem Versuche zur Vernichtung der Rechtsvermuthung zu begegnen, die natürlichste Folge des Vertheidigungsrechtes ist, so kann es nicht auffallen, wenn man den Gegenbeweis, der seiner Natur nach nicht *auferlegt* (a) werden kann, immer als *vorbehalten* betrachtet (b). Eben so wenig kann es bezweifelt werden, dafs gegen diesen Gegenbeweis kein weiterer Gegenbeweis gedacht werden könne (c). Uebrigens aber hat der Gegenbeweis, als Handlung eines streitenden Theiles betrachtet, nichts eigenthümliches, aufser dafs Eideszuschiebung bey ihm kein Beweismittel seyn kann, weil der Beweisführer bey vollständig geführtem Beweise keinen Eid zu schwören braucht (§. 92. n. 2.), bey unvollständigem Beweise aber der Richter die Verbindlichkeit zur Eidesableistung bestimmen soll (§. 93.).

(a) *Daher die Regel: actore non probante, absolvitur reus, etiamsi nihil reprobaverit.*

(b) *Danz* §. 251. 255.

(c) *Reprobatio reprobationis non datur. Elsässer diss. exhibens selecta capita processualia de probationibus et reprobationibus. Erl.* 1782. *n. IV.*

§. 97.

Fortsetzung. Beweis der Einreden.

In einem viel weiteren Sinne pflegt man indessen häufig unter *Gegenbeweis* jeden, zur *Vertheidigung* gegen den Beweis und die aus demselben abzuleitenden Folgen gerichteten Beweis zu verstehen. Da nun die Vertheidigung gegen einen, auf zu beweisende Thatsachen gegründeten Anspruch nicht nur negativ, durch directen Widerspruch gegen jene Thatsachen, sondern auch positiv und indirect, durch die Vorschützung zerstöhrlicher Einreden, geschehen kann (§. 79.), so ergiebt sich alsdann die Eintheilung des Gegenbeweises in *directen* und *indirecten* von selbst.

Da indessen die Anerkennung der *factischen* Vernichtung eines gegründeten rechtlichen Anspruchs, der Natur der Sache nach, auf den nämlichen Voraussetzungen beruhen muſs, auf welchen die Anerkennung der factischen Begründung desselben beruht (a), so ist es unverkennbar, daſs der indirecte Gegenbe-

(a) *XLIV.* 1. *D. fr.* 1. „*agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.*“

weis mit dem directen nur den Namen gemeinschaftlich haben könne (a), in der Sache selbst dagegen ganz nach den Grundsätzen, welche von dem *Beweise* gelten, beurtheilt werden müsse, und dafs nichts irriger seyn würde, als wenn man die practischen Folgen, welche in dem vorigen §. aus dem Begriffe des eigentlichen Gegenbeweises abgeleitet worden sind, auch nur in dem entferntesten auf den Beweis der Einreden (Replicationen (b) u. s. w.) für anwendbar halten wollte. (c)

(a) *Manche Procefsordnungen verwirren das Verfahren, in der guten Absicht das Gegentheil zu bewirken, nicht wenig, indem sie mehr, als diese Gemeinschaft des Namens, anerkennen. — Wo diefs indessen nicht ganz bestimmt geschehen ist, kann es nicht angenommen werden, und daher selbst das, was über den Gegenbeweistermin gesagt wird, nicht auf den Beweis der Einreden ausgedehnt werden.* Elsässer *l. c. §.* 18.

(b) „*Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio*" *XLIV.* 1. *D. fr.* 2. *§.* 1.

(c) *Ueberh. vergl.* Gönner *Handb. B. II. n. XXXIV. Bey der Lehre von der förmlichen Beweisführung und der Beurtheilung der Collision der Beweise zeigt sich die Nothwendigkeit der Trennung beyder Gegenbeweise vorzüglich auffallend.*

§. 98.

Richterliche Verfügungen. Sentenzen. Bloſse Decrete.

Das letzte Bestandtheil des Processes sind die *richterlichen Verfügungen* (pronunciata judicis). Der Gegenstand derselben ist theils die Bestimmung der Rechte, *über welche gestritten wird*, theils die Einleitung des, zur Möglichkeit dieser Bestimmung erforderlichen, gesetzlichen Verfahrens. Eine Verfügung der leztern Art geht in eine der ersteren über, wenn zuvor die in Ansehung des gesetzlichen Verfahrens möglichen Rechte der streitenden Theile selbst Gegenstand eines, richterliche Entscheidung verlangenden Zwischenstreites geworden sind.

Im Allgemeinen beruht hierauf die Eintheilung der richterlichen Verfügungen in *Entscheidungen*, *Richtersprüche* oder *Erkenntnisse* (*sententiae l' definitivae l' interlocutoriae*, *Endurtheile* und *Zwischenurtheile* oder *Bescheide*), und *bloſse Decrete* (Resoluta, interlocutiones merae [welchen die Sententia interlocutoria als interlocutio mixta entgegen-

gesetzt wird]) (a). Es bedürfen indessen diese überaus wichtigen Begriffe hier noch einer bestimmteren Entwickelung und Begründung.

§. 99.

Nähere Bestimmung des Begriffes der Sentenzen. Rechtskraft derselben.

Der Grund der Constituirung des öffentlichen Richteramtes ergiebt es schon, daſs dasjenige, was, bey dem Widerstreite der individuellen Urtheile der Parthieen über ihre Rechte, von dem Richter als Recht anerkannt wird, in dem Staate einzig als das *wahre* Recht betrachtet werden könne. Es muſs nothwendig das Resultat der Richtersprüche, selbst wenn es von dem *gelten sollenden* (materiellen Rechte) noch so weit entfernt seyn möchte (b), das in dem Staate einzig *geltende* (formelle) Recht *der Parthieen* seyn. Diese

(a) *In einem weiteren Sinne wird Decret für gleichbedeutend mit richterlicher Verfügung genommen. Daher Decretirkunst. Auch die Ausdrücke Urtheil und Bescheid werden nicht überall in der gerichtlichen Sprache zur Bezeichnung derselben Begriffe gebraucht.*

(b) *res judica ex albo facit nigrum, ex nigro album.*

Gesetzeskraft der Richtersprüche (rei judicatae (a)) [*Rechtskraft*, vis rei judicatae] würde unstreitig sobald eintreten, als der Richterspruch *eröffnet* worden ist, wenn nicht unsre Gesetze, aus weiser Rücksicht auf die Unvollkommenheit menschlicher Institute, um, so viel es möglich ist, auffallende Widerstreite zwischen dem förmlichen und wirklichen Rechte zu verhindern, das Recht mehrerer *Instanzen* eingeführt (§. 55.) und durch die Gestattung der *ordentlichen Rechtsmittel* gegen die Sentenzen, die Möglichkeit, binnen einer bestimmten Zeit [bey uns 10 Tage (b)] diese Rechtskraft der Sprüche *unterer Instanzen* zu hemmen, eingeführt hätten.

Aus dieser Ansicht der Rechtskraft bestimmt sich nun der Begriff der Sentenzen aufs voll-

(a) *Die specielleren Gründe, welche die Römer für die Kraft der Rechtssprüche unter den Parthieen aus der litis contestatio und für die Unabänderlichkeit der Sentenzen selbst für den Richter daraus ableiteten, „quia, posteaquam sententiam dixit, iudex esse desiit et semel male seu bene officio functus est"* (XLII. D. *fr.* 56) *passen nicht mehr für unsre Gerichtsverfassung.*

(b) *Nov.* XXIII. *c.* 1.

ständigste. *Sentenz* ist jede richterliche Verfügung, welche in Rechtskraft übergeht. Hierzu wird also, nach dem Gesagten, erfordert:

1.) es muſs die richterliche Verfügung eine Bestimmung über bestrittene Ansprüche enthalten *sollen.*

a) Abgeschlagene Processe, ohne vorausgegangenen Rechtsstreit über die Erkennung derselben, sind nicht Innhalt einer Sentenz, sondern nur eines bloſsen Decretes und bleiben dieſs auch bey allen Wiederholungen (*Inhaesiv - Decrete*).

b) Eben dieſs gilt, unter derselben Voraussetzung, von jeder Einleitung irgend eines Theiles des Verfahrens, in so ferne nicht durch diese Einleitung (wie bey der Beweissentenz) schon stillschweigend bedingt über das anzuerkennende Recht selbst gesprochen wird. Sobald aber das, den Proceſs einleitende Decret, mit Verwerfung der dagegen vorgebrachten Schutzrede des unrecht gewählten Verfahrens, bestätigt wird, so liegt in

dieser Bestätigung (Inhäsiv - *Bescheid* (a)) eine Sentenz.

2.) Es muſs die richterliche Verfügung eine Bestimmung über das Recht der Partheien *rechtlich* möglicher Weise (b) enthalten *können.*

Daher ist jede *Sachverfügung* auf einseitigen Vortrag, selbst wo eine solche gesetzlich gebilligt ist, doch nie Sentenz (§. 79.), und an und für sich keiner Rechtskraft fähig, wenn gleich die Klage zur Vernichtung des, durch dieselbe eingeführten widerrechtlichen Zustandes (Nichtigkeitsklage) der erlöschenden Verjährung unterworfen ist.

(a) *Häufig versteht man hierunter auch ein, einer Sentenz inhärirendes Decret.*

(b) *d. h. dasjenige, was die Gesetze für einen Rechtsspruch als wesentlich nothwendig voraussetzen, muſs vorhanden seyn.*

In unserm Mandatsprocesse, welcher ganz darauf berechnet ist, das Mandat, welches über Rechte bestimmen soll, ohne es noch zur Zeit zu können, in eine wahre Sentenz zu verwandeln, liegt die herrlichste Bestätigung des oben aufgestellten Grundsatzes. Uebrigens vergl. Gönner Handb. I. 6. et 23. III. 38.

§. 100.

Nähere Betrachtung der blofsen Decrete. Blofse Beschwerden gegen den Richter.

Von selbst ergiebt sich nun aus dem vorigen §. der bestimmte Begriff eines *blofsen Decretes.* Es ist eine richterliche Verfügung, welche entweder keine Bestimmung über ein streitiges Rechtsverhältnifs geben *soll*, oder doch diefs noch *zur Zeit* rechtlich möglicher Weise nicht *kann.*

Ein Decret wirkt daher, wenn es auch Rechte verletzt (beschwerend ist), doch für sich kein formelles Recht des Gegentheils, und ist eben darum für den Richter selbst, welcher es ertheilte, keineswegs unabänderlich. Darum ist denn auch der leichteste und natürlichste Weg, die aus dem Decrete entstehende Beschwerde von sich abzuwenden, dafs man dieselbe dem beschwerenden Richter selbst vorträgt, und um Abstellung derselben bittet. Bey solchen Decreten, welche auf den Vortrag der einen Parthie eine Verfügung enthalten, durch welche sich *die andere* für beschwert achtet, geschieht diefs durch den Vortrag einer *Schutzrede*, deren Verwerfung denn nur in einer *Sentenz* möglich ist. Bey solchen *Decreten*

hingegen, welche die in dem Vortrage enthaltene Bitte ganz oder zum Theile abschlagen, kann die bezweckte Abänderung nur durch neuen, jeden Zweifel besiegenden Vortrag und erneuerte Bitte bewirkt werden. (a) Ist dieser neue Versuch fruchtlos, so bleibt, da auch die erneuerte Enthörung des Bittenden in diesem Falle immer *bloſses Decret* bleibt (§. 99.), nichts anders übrig, als bey dem höheren Richter die Beschwerde anzubringen (provocatio, appellatio extrajudicialis) und diesen aufzufordern, den Unterrichter zu einer gesetzmäſsigen Proceſsleitung anzuhalten — ein Weg, welcher aber ohne Zweifel in diesem Falle auch gleich auf das erste Abschlagsdecret eingeschlagen werden kann.

§. 101 *a.*

Rechtsmittel gegen Sentenzen. Beschwerdeführungen gegen den Richter.

Hier ist nun der Ort, wo sich der Begriff der Rechtsmittel gegen Sentenzen und ihr Unterschied von Beschwerdeführungen erläutert.

(a) *Bey abgeschlagenen Processen in höherer Instanz macht freylich der Umstand, daſs hier eine Sentenz in Rechtskraft übergehen kann, ein andres Verfahren nothwendig. Hiervon unten.*

Unter Rechtsmittel gegen Richtersprüche im eigentlichen Sinne (remedia contra sententias) werden nämlich diejenigen Rechtsmittel verstanden, wodurch man die Abänderung einer, durch eine *Sentenz* zugefügten Beschwerde gegen die, aus dieser Sentenz berechtigte *Parthie* selbst erwirken kann.

1.) Ihr Gebrauch setzt eine Bestimmung der Sentenz voraus, welche, mit Gesetzeskraft versehen, eine Rechtsverletzung bewürken würde. So lange es noch nicht gewiſs ist, daſs die Sentenz eine solche Bestimmung enthalte, bedarf es noch keines Rechtsmittels. *Wahrhaft* zweifelhafte Sentenzen veranlassen daher vorerst nur ein *Gesuch um Erläuterung.* Wird auf dieses, an keine Formalitäten und Zeitbestimmungen gebundene Gesuch eine, Rechtsverletzung für den einen Theil enthaltende richterliche Bestimmung (sententia declaratoria) gegeben, so muſs nun die, izt erst gewiſs existirende Beschwerde durch Rechtsmittel zu entfernen gesucht werden (a).

(a) *Nie darf aber das Gesuch um Erläuterung ein Mittel werden, richterliche Erklärungen völlig deutlicher Sentenzen zu erlangen, um den rechtlich ausgeschlossenen Gebrauch versäumter Rechtsmittel wieder rechtlich möglich zu ma-*

2.) Ihr Zweck ist, Aufhebung dieser Beschwerde, durch veränderte Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses der Parthieen, zu bewirken. Sehr unterscheiden sie sich daher von den *Beschwerdeführungen gegen den Richter*, worin der Richter selbst zur Gegenparthie gemacht wird. Diese finden Statt .

a) als bloſse Provocationen, um den Richter zur gebührenden Amtsthätigkeit zu bestimmen

α) wenn er diese Amtsthätigkeit versagt (querela super denegata vel protracta justitia),

β) wenn er, in der, den Gegenstand eines Rechtsstreites nicht bildenden Proceſsleitung, durch *bloſse Decrete* (§. 100.) Rechte verletzt (provocationes, appellationes extrajudiciales).

b) als wahre Klagen, um den, durch illegales Handeln des Richters bey der *Rechtssprechung* zugefügten Schaden zu ersetzen

chen. Daher die Regel: daſs in Fällen, wo man den, die Rechtsverletzung involvirenden Sinn der Sentenz für wahrscheinlicher hält, mit dem Gesuche um Erläuterung der eventuelle Gebrauch des, in diesem Falle nothwendigen Rechtsmittels, binnen der hierzu erforderlichen Zeit, zu verbinden seye.)

(actio in factum adversus iudicem, qui litem suam fecit, Syndicatsklage (a). *)

§. 101 *b.*

Eintheilungen der Rechtsmittel.

Mit der Einführung der Rechtsmittel hängt die gesetzliche Suspension der Rechtskraft der Sentenzen binnen dem, für den Gebrauch der Rechtsmittel bestimmten gesetzlichen Termin, innig zusammen (§. 99). *In der Regel* ist auch beydes nicht getrennt. *Das Rechtsmittel gegen Sentenzen ist ein Mittel, den Uebergang des formellen Rechts zu hindern* (remedia suspensiva). Nur zwey Ausnahmen haben die Gesetze von dieser Regel begründet, und Mittel zur Abänderung des, dem Zeitverlaufe nach (b), wirklich oder scheinbar übergegangenen formellen Rechtes gegeben. Dieſs ist 1.) das Gesuch *um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* (remedium restitutionis in integrum)

(a) *G. L. Boehmer de remedio Syndicatus exerc. Gött.* 1744.

*) *Ueberh. vergl. zu diesem §. Gönner Handb. III.* 38.

(b) *Martin a. a. O. ʃ.* 198.

grum) bey neu aufgefundenen Beweisen für das, von dem rechtskräftig bestimmten formellen Rechte abweichende wirkliche Recht (a), binnen 4 Jahren von der erlangten Wissenschaft an. 2.) Die *unheilbare Nichtigkeitsklage.* Durch diese wird Aufhebung des widerrechtlichen Zustandes, welchen eine *scheinbare*, aber wegen Mangels der *wesentlichen* Voraussetzungen absolut unwirksame Sentenz eingeführt hat, (b) binnen des, der erlöschenden Verjährung (c) perpetuirlicher Klagen bestimmten Zeitraums von 30 Jahren, be-

(a) *V. A.* 1533. *§.* 5. *K. G. O. Th. III.* 52.

(b) *Die exceptio nullitatis ist an keine Zeit beschränkt. Der von Pütter in diss. de querelae nullit. et appellat. conjunctione §.* 45. *angegebene Grund für die gegentheilige Meinung ist schon längst allgemein als irrig anerkannt, cf. J. C. Koch de praescriptione rest. i. i. Gissae* 1780.

(c) *Alle Grundsätze von der erlöschenden Verjährung müssen daher auch hier angewendet werden, vorzüglich die Regel: actioni nondum natae nulla currit praescriptio, nach der Erklärung dieser Regel bey Thibaut über Besitz und Verjährung §.* 43.

wirkt. (a) Hierdurch nun entsteht die Eintheilung der Rechtsmittel in *ordentliche* oder *suspensive* und *aufserordentliche*, welche beyde denn bald *Devolutivwirkung* haben, bald nicht. Unter den ordentlichen Rechtsmitteln ist indessen die Devolutivwirkung die Regel (Appellatio), und nur, wo diese nicht möglich ist, kennt das gemeine Recht, als Surrogat, das blofs suspensive Rechtsmittel der *Revision mit Actenverschickung* (transmissio actorum in vim revisionis). Particulargesetze dagegen kennen mehrere dergleichen unter verschiedenen Namen (Leuteratio, Supplicatio, Revisio, dictio nullitatis, restitutio

(a) *Ueberhaupt dürfte es für die Lehre von der Nichtigkeitsklage besser seyn, wenn man ganz aufhörte, sie als Rechtsmittel gegen Sentenzen zu behandeln. Genau genommen ist sie dies in der That nicht. Gegen die Sentenz an und für sich läuft sie eigentlich gar nicht, sondern gegen das aus der nichtigen Sentenz erhaltene Recht des andern, weswegen da, wo vermittelst der nichtigen Sentenz eine Veränderung des rechtlichen Verhältnisses der Parthieen bewirkt werden soll, dem, selbst nach 50 Jahren klagenden immer die exceptio nullitatis entgegengesetzt werden kann.*

in integrum). Uebrigens hat *im Wesentlichen* das Verfahren zweyter Instanz, sobald dasselbe, nach der geschehenen Erklärung über den Gebrauch des Rechtsmittels (interpositio remedii, bey suspensiven *und* devolutiven interpositio et introductio) und erfolgter Ausführung der Beschwerden (iustificatio), eingeleitet worden ist (Processe erkannt sind), nichts Eigenthümliches. (b)

(b) *Die ausführliche Lehre von den Rechtsmitteln unten am Ende des ordentlichen Processes.*

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von der nothwendigen Einrichtung der processualischen Handlungen.

ERSTES KAPITEL.

Präliminarlehre von den allgemeinen Regeln zur Verfertigung aller processualischen Arbeiten.

§. 102.

Einleitung.

Die processualischen Arbeiten, sie seyen nun solche, welche dem Gerichte, oder solche, welche den Parthieen obliegen, müssen zwar von demjenigen, welcher sie auszurichten hat, nicht immer nothwendig in einen schriftlichen Aufsatz gebracht werden, sondern manche derselben können ursprünglich in einem mündlichen Vortrage bestehen, ja es giebt Gerichte, wo die mehrsten Arbeiten durch mündlichen Vortrag verrichtet werden müssen; allein darum ist es dennoch nicht nöthig, in den allgemeinen

Regeln zur Verfertigung *aller* processualischen Arbeiten auf die mündlichen-Vorträge eine besondere Rücksicht zu nehmen, theils weil auch diese nothwendig dazu geeignet seyn müssen, schriftlich aufgezeichnet werden zu können, was in Ansehung aller geschehen muſs, damit aus ihnen Actenstücke entstehen können, theils weil die aus mündlichen Vorträgen bestehenden Arbeiten den allgemeinen Regeln, welche sich aus dem Begriffe der Zweckgemäſsheit ableiten lassen, nicht minder, als die schriftlichen, unterworfen seyn müssen (*).

§. 103.

Von der Vorbereitung (Instruction) aller processualischen Arbeiten.

Jede Arbeit wird um irgend eines Zwecks willen unternommen, und dieser Zweck muſs nothwendig die ganze Arbeit und Einrichtung

(*) *Unstreitig ist dieses ganze Kapitel hier nur gelehnt. Bey einer vollständigen Bearbeitung der Theorie der juristischen Praxis, welche mir bis izt unmöglich ist, würde es weder bey der Theorie des Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten, noch bey der des Verfahrens in Fällen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, sondern in dem allgemeinen Theile seinen Platz finden.*

derselben in allen ihren Theilen bestimmen. Das erste Geschäft des Praktikers ist daher nothwendig, daſs er sich die deutlichste Vorstellung von dem Zwecke seiner Arbeit zu verschaffen suche. Erst dann kann er mit Bestimmtheit und Nutzen zur Aufsuchung der, zur Erreichung dieses Zwecks zu verarbeitenden Materialien gehen, und erst, nachdem er diese vollständig gesammelt hat, ist es ihm möglich, das letztere Vorbereitungsgeschäfte vorzunehmen und sich einen Plan zu entwerfen, wie die aufgefundenen Materialien am schicklichsten verarbeitet werden können, damit der bestimmte Zweck der Arbeit in seinem Umfange erreicht werde.

§. 104.

Fortsetzung. Von dem Sammeln des Stoffs. Von Excerpten.

Woraus der Geschäftsmann den Stoff für die zu fertigende Arbeit zu sammeln habe, läſst sich im Allgemeinen nicht bestimmt angeben. Für manche processualische Arbeiten ist die einzige Quelle, aus welcher derselbe geschöpft werden darf, das bisher in der Sache Verhandelte — die Acten, für andere hin-

gegen, zumal solche, durch welche der geschichtliche Grund der behaupteten Rechte dargethan werden soll, sind die Acten gar nicht, oder doch nur *eine* der anzugebenden Quellen. Welche Quelle es aber auch sey, die sich dem Praktiker zum Sammeln des Stoffes zu seiner Arbeit, sey es ungesucht, oder nach mühsamen Forschen, darbietet, so kommt es darauf an, daſs er sie zweckmäſsig benutze. Dieses wird alsdann geschehen, wenn er aus derselben alles dasjenige, aber auch nur dasjenige schöpft, was Bezug auf den Zweck hat, für welchen er arbeitet. Diese Auswahl ist in Fällen, wo die Erörterung mehrerer Punkte zu Erreichung des Zweckes nothwendig ist, und der Stoff oft in weitläufigen Actenfascikeln oder andern Schriften zerstreut liegt, nicht so leicht, wenn man nicht die Kunst versteht, durch ein zweckmäſsiges Excerpiren sich diese Arbeit zu erleichtern. Mit Nutzen wird man hierbey die Methode anwenden, daſs man sich für die zu erörternden verschiedenen Punkte eben so viele, dem Format nach gleiche Excerptenblätter fertigt, und nun bey dem genauen Lesen sogleich das, auf einen dieser Punkte

Bezug habende auf das mit der Rubrick dieses Punktes bezeichnete Blatt, mit Bemerkung der Quelle, woraus es gezogen worden, autologisch oder nur dem Sinne nach (jenachdem das erstere für den Zweck von Nutzen ist, oder nicht), überträgt, jedoch, zur Erleichterung der nachherigen Arbeit, nur auf die eine Seite des Blattes (*).

§. 105.

Fortsetzung. Plan der ganzen Arbeit.

Hat der Arbeiter eine vollkommen deutliche Vorstellüng von seinem Zwecke, hat er den ganzen zu verarbeitenden Stoff gesammelt, so steht ihm nichts im Wege, sich einen Plan zu entwerfen, wie die Arbeit selbst nun am besten zu verfertigen sey. Bey weitläuftigen Arbeiten ist selbst eine schriftliche Entwerfung dieses Plans nicht zu unterlassen, wenn Einheit in das Ganze kommen, und das Gesetz der Vollständigkeit nicht verletzt werden soll. Eine, so viel als möglich ist, ungezwungene Gedankenverbindung zu bewirken ist die hier zu lösende Aufgabe. Absonde-

(*) *Von der kürzeren Excerpirmethode bey minder weitläufigen Sachen.*

rung der wesentlich verschiedenen Hauptpunkte, Subordinirung der untergeordneten Sätze unter die Hauptsätze, Verbindung der Begriffe ohne Vermengung des Fremdartigen, führet hierzu; allein immer bleibt hier ein weites Feld zur Uebung des Talents und zum Beweise des Scharfsinns und der Geschicklichkeit des Autors; denn alles sklavische Binden an eine bestimmte Form, und namentlich ein zu festes Ankleben an *eine* Methode, z. B. die synthetische oder analytische bey dem Argumentiren, schadet mehr, als es nutzet. Die tabellarische Methode ist hingegen bey der Verfertigung des Plans immer als ein trefflicher Probierstein zu empfehlen (*).

§. 106.

Von der Einrichtung der instruirten Arbeit selbst.

Die allgemeinen Regeln für die Verfertigung der processualischen Arbeiten selbst kön-

(*) *Sehr nützlich kann es auch dem Arbeiter seyn, wenn er bey dem Nachdenken über seine Arbeit auf einem besonderen Gedankenzettel sich einzelne Gedanken, welche er izt noch nicht benutzen kann, bemerkt.*

nen natürlicher Weise nicht den Innhalt betreffen, welcher diese Arbeiten selbst unterscheidet und zu verschiedenartigen macht, sondern allein die Form derselben d. h. die Einrichtung der Arbeit, um diesen Innhalt darzustellen. Offenbar muſs auch diese Form verschiedenerley Bestimmungen durch die Verschiedenheit des besonderen Innhalts jeder bestimmten Art von Arbeiten erhalten, es können daher die allgemeinen Regeln, welche hier zu erörtern sind, nur allein auf die beyden allgemeinen Eigenschaften jeder processualischen Arbeit eingeschränkt seyn, daſs darin 1.) überhaupt ein Gegenstand abgehandelt, und 2.) daſs er zu der Bestimmung, zur *gerichtlichen* Verhandlung einer Streitsache zu dienen, abgehandelt wird. Diese Regeln aber müssen nicht nur die *innere* Form der processualischen Arbeit, sie sey nun *wesentliche* oder *zufällige*, sondern auch die blos *äuſsere* d. h. die zweckmäſsige Einrichtung der Abhandlung, in so ferne sie blos als ein in die äuſseren Sinne fallendes Object betrachtet wird, umfassen.

§. 107.

1.) *Von der inneren Form der processualischen Arbeiten.*

Jede Abhandlung, welche nicht bloſs zur eigenen Notiz des Verfassers bestimmt ist, hat, als Darstellung einer Gedankenreihe durch Worte, die Absicht, dem *sachverständigen* Leser oder Zuhörer eine deutliche Vorstellung von demjenigen zu verschaffen, was man durch dieselbe mittheilen wollte. Die erste Regel ist daher, daſs, ehe man (mündlich oder schriftlich) redet, man richtig und deutlich *denke.* Erst alsdann kann das Bestreben, durch den Ausdruck seiner Gedanken eine richtige und deutliche Vorstellung von dem, was man andern mittheilen wollte, zu veranlassen, von Erfolg seyn. So wie jeder Schriftsteller, so wird gewiſs auch der processualische Geschäftsmann diesen Zweck nicht verfehlen, wenn er sich Richtigkeit und Reinheit der Sprache, Angemessenheit, Ungezwungenheit, Kürze und Würde des Ausdrucks und der Darstellung zu eigen zu machen sucht. Jede dieser Eigenschaften aber muſs natürlich, weil die zu fertigende Arbeit eine processualische ist, durch die nothwendigen Eigenheiten des Gerichtsstyls

nähere Bestimmungen erhalten, um welche sich ein andrer Schriftsteller nicht zu bekümmern hat, so wie auch aufserdem dieser Gerichtsstyl in den processualischen Arbeiten die Beobachtung eines bestimmten Ceremoniels dem Praktiker nothwendig macht.

§. 108.

Richtigkeit und Reinheit der Sprache.

Die *Richtigkeit* der Sprache entsteht durch strenge Beobachtung der grammaticalischen Regeln, an welche auch jeder processualische Arbeiter so genau gebunden ist, dafs eine Entschuldigung der *Barbarismen* oder *Solöcismen* durch den gewöhnlichen Gerichtsstyl nicht anders, als lächerlich seyn kann. — Die *Reinheit* der Sprache hingegen besteht in der Vermeidung alles Fremdartigen und Ungewöhnlichen und fordert daher Verbannung aller Latinismen, Gallicismen, Archaismen, und Idiotismen. Die Eigenheit des Canzleystyls aber, welcher, bey einem grofsen, in mehrere Theile getheilten Reiche, eine in allen Theilen (so verschiedene eigenthümliche Mundarten auch in denselben herrschend seyn mögen) gleich verständliche Sprache erfordert, macht hier die

Einschlagung der Mittelstrafse und die Enthaltung von einem übertriebenen *Purismus* nothwendig. Darum behält der Jurist mit Recht manche alte, allgemeinverständliche, manche ausländische, ihren Gegenstand genau bezeichnende Ausdrücke und Kunstworte bey, und enthält sich der Neologismen in Wörtern und Wortfügungen, bis dafs er sich mit Gewifsheit zu sagen im Stande ist, dafs die neueren, an die Stelle der ausländischen oder alten getretenen Worte, allgemeinverständlich geworden seyen, und dafs durch sie der zu bezeichnende Begriff eben so bestimmt und deutlich, wie durch jene, angegeben werde.

§. 109.

Angemessenheit und Ungezwungenheit des Ausdrucks und der Darstellung.

Die Richtigkeit und Reinheit der Sprache trägt zwar allerdings sehr viel dazu bey, um andern unsre Gedanken unverfälscht, richtig und bestimmt (d. h. vollkommen deutlich) mitzutheilen; allein mehr noch als dieses wird Angemessenheit und Ungezwungenheit in der Verarbeitung des Stoffes, in der Ordnung der Gedanken und in der Wahl des Ausdruckes

erfordert, wenn jener Zweck erreicht werden soll. Der Praktiker strebe daher nach Wahrheit, Bestimmtheit, und Vollständigkeit der Gedanken, er wähle die natürlichste Ordnung derselben, bey Erzählungen die chronologische, bey Ausführungen die am leichtesten Ueberzeugung bewirkende, er vermeide vieldeutige und unbestimmte Ausdrücke, und befleifsige sich der Klarheit, Stärke und des Wohlklangs in dem Periodenbau, ohne blofs blendende oder übertreibende Gedankenverbindungen sich zu erlauben, oder ängstlich nach Perioden zu haschen. Der mittlere Styl ist überhaupt derjenige, über welchen der Kanzleystyl sich weder erheben, noch unter welchen er sinken darf.

§. 110.

Kürze und Würde.

Die zweckmäfsige Kürze (Präcision, Bündigkeit) besteht in derjenigen Eigenschaft des Vortrags, vermöge welcher in Gedanken und Worten alles vermieden wird, was nicht zur vollständigen Erreichung der Absicht des Verfassers als nothwendig betrachtet werden kann. Eine Kürze, welche auf Kosten der Deutlich-

keit und Vollständigkeit erreicht werden sollte, würde daher mit Recht eine *fehlerhafte* genannt werden können. Die zweckmäßsige Kürze, welche so sehr zu empfehlen ist, wird aber keineswegs durch eine unrichtige Ersparung der Hülfswörter u. d. gl. erreicht; sondern vielmehr durch die Vermeidung aller unnöthigen Abschweifungen, aller unnützen Wiederholungen, Pleonasmen, Tautologieen, aller unnöthigen Complimente und Clauseln, aller Ausführungen, welche sich von selbst verstehen, und aller Ausdrücke, welche zu nicht beabsichteten Nebenideen verleiten können.

Endlich erfordert es die Würde jedes, sowohl processualischen als nicht processualischen Vortrags, sich in demselben nur edler, nicht niedriger oder pöbelhafter Ausdrücke zu bedienen, die relative Würde des Kanzleystils (a) verlangt aber zugleich einen *mittleren, ernsten* und *gleichförmigen* Ton, welcher mit *erhabenen, vertraulichen, komischen, pathe-*

(a) *Denn der Verstand, kein andres Vermögen des Menschen, soll in den Gerichten beschäftigt werden. Dies würde aber nicht möglich seyn, wenn man die andern beleidigen wollte.*

tischen und *poetischen* Ausdrücken nicht gut bestehen kann, aber allerdings strenge Beobachtung der Sittlichkeit, der Bescheidenheit und Anständigkeit verlangt.

§. 111.

Von den nothwendigen Curialien oder dem Canzleyceremoniell.

Das Lästigste für den Concipienten ist unstreitig die Beobachtung der einmal durch Uebereinkunft und Herkommen geheiligten Titulaturen oder Curialien, d. h. Ausdrücke, durch welche die Anerkennung des Standes und der Würde derjenigen, an welche ein Vortrag gerichtet wird, und das Verhältnifs der Hoheit, Gleichheit, Achtung, Ehrerbietung und Unterwürfigkeit, in welchem der Vortragende zu demselben steht, bezeichnet wird. So sehr auch, wenigstens eine Vereinfachung dieses in Deutschland ganz besonders steifen, verwickelten und nach allen möglichen Verhältnissen so verschiedenartig modificirten Ceremonielles zu wünschen wäre, so wenig kann dennoch der Einzelne sich hier über das Hergebrachte hinwegsetzen und durch den Nichtgebrauch dieser Bezeichnungen Nichtanerkennung der, denselben

selben zum Grunde liegenden Rechte an den Tag legen. Vorzüglich ist dieses Ceremoniell bey solchen processualischen Schriften wichtig, welche in Briefform abgefaſst werden, wo die Curialien des Eingangs, des Contextes, der Unterschrift und der Aufschrift zwar alle verschieden, aber doch wechselseitig mit einander in Verbindung stehend, und eins gegen das andere genau abgemessen sind. *)

§. 112.

2.) *Aeuſsere Form der processualischen Arbeiten.*

In Ansehung der äusseren Form schriftlicher Aufsätze bey Gerichten bleibe man bey der, von den klassischen deutschen Schriftstellern befolgten Orthographie und enthalte sich der Neuerungssucht; — man beobachte sorgfältig, sowohl in der Wahl der Schreibmaterialien, als auch in kalligraphischer Hinsicht, die Re-

*) *Man sehe zu diesem §.* Bischoff *Handbuch der Canzley-Praxis* 1. *Th.* 2. *Abschn.* 1. *Abth.* 3. *Hptst.* Pütter *Anleit. zur jur. Praxi* §. 34--54. Gönner *Grundsätze der jur. Praxis — Schriften, welche überhaupt zu dieser ganzen Abtheilung zu vergleichen sind.*

geln des Anstands und bedenke, dafs das, was in dieser Rücksicht die Würde des Gerichts erfordert und der Umstand, dafs gerichtliche Acten aufbewahrt werden und nach langen Jahren noch brauchbar seyn müssen, nothwendig macht, selbst nicht, ohne Nachtheil für den Zweck der processualischen Arbeit, versäumt werden könne.

Sorgfalt für die Erhaltung der Uebersicht bey weitläufigern Arbeiten und zur Ausschliessung möglicher Verwirrungen (durch Foliiren und Heften) bedarf übrigens kaum noch einer besondern Empfehlung.

ZWEYTES KAPITEL.

Bestimmtere Regeln über die Einrichtung processualischer Arbeiten, nach ihren Hauptclassen.

ERSTER TITEL.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Parthieen und ihrer Beystände.

§. 213.

Einleitung.

Alle Vorträge der Parthieen bey einem Rechtsstreite enthalten ein *Gesuch* (a) derselben, vermöge dessen sie eine Verfügung des Rich-

(a) *Eine scheinbare Ausnahme machen die Beweisartikel und Fragstücke. Gewissermassen ist dieſs aber auch eine richterliche, nach unsern Proceſsgesetzen von den Parthieen für den Richter zu fertigende Arbeit.*

ters, zur Entscheidung des Streites, oder doch zum Fortgange des rechtlichen Verfahrens in Ansehung desselben, verlangen. Dieses Gesuch muſs als ein *rechtliches* begründet werden, welches nur, durch Nachweisung der Identität der, dasselbe veranlassenden factischen Umstände mit denen, welche zur Anwendung einer bestimmten Rechtsregel vorausgesetzt werden müssen, geschehen kann. Wegen dieser Ausführung des rechtlichen Gesuches, wodurch nothwendig die innere Form jedes Vortrags der Parthieen gleich der eines Syllogismus bestimmt wird, führen sie mit Recht im Allgemeinen den Namen der *Deductionen*, und es müssen daher die aus dem Wesen einer Deduction abzuleitenden Regeln für alle Vorträge der Parthieen entscheidend seyn, wenn gleich die mehrsten derselben von ihrem eigenthümlichen Innhalte verschiedene Benennungen erhalten, und diejenigen, welche keinen bestimmten Namen erhalten haben, gewöhnlich mit dem allgemeinen Namen der *Bittschriften, Memorialen, Implorationen etc.* bezeichnet, werden.

§. 114.

Von den Vorarbeiten zur Deduction.

Daſs bey der Verfertigung der Deductionen alle die oben (§. 103.) angegebenen Vorarbeiten für den Praktiker wichtig sind, bedarf keiner Erinnerung. Dagegen giebt es hier noch specielle Vorarbeiten, welche nicht versäumt werden dürfen, wenn der Deducent anders bey sich selbst einer, oft so leicht möglichen Verwirrung der Begriffe und Vorstellungen entgehen, und zugleich sich sein Bestreben, andern die Rechtlichkeit seiner auszuführenden Ansprüche zu der vollkommensten Deutlichkeit zu erheben, erleichtern will. Es sind dieses die Verfertigung von *Stammtafeln* (a), sobald zu der Beurtheilung der Sache die Kenntniſs verwickelter Familienverhältnisse gehört, oder doch Verwechselung mehrerer Personen aus einer weitläufigen Familie zu befürchten wäre, und dann die Sorge für genaue *Risse*, oder *Zeichnungen*, sobald es auf die Lage oder die dar-

(a) *Dasselbe was von Stammtafeln gilt, gilt auch von der Schematisirung anderer verwickelten Verhältnisse zwischen mehreren Personen.*

stellbare Beschaffenheit von Grundstücken ankömmt.

Bey der Verfertigung der Stammtafel muſs man besonders darauf sehen, daſs man, sobald es darauf ankömmt, die Stifter mehrerer Hauptbranchen vorzüglich unterscheidet, daſs man diejenigen, welche in demselben Verhältnisse zu demselben Stammvater stehen, in dieselbe Reihe setzt, daſs man bey jeder Person in möglichster Kürze diejenigen Angaben und Bestimmnngen, deren Wissenschaft für den Zweck der Ausführung einigermaſsen nöthig oder nützlich seyn kann, (z. B. Ort und Zeit der Geburt, der Vermählung, des Todes u. s. w.) aber keine andere, beybringt, und allenfalls, wo es auf historisch genealogische Beweise ankömmt, auf diese in beyzufügenden Noten sogleich aufmerksam macht.

Bey den Rissen, welche in der Regel der Deducent nicht selbst verfertigen wird, geht seine Sorge vorzüglich dahin, daſs dieselben getreu und vollständig gefertigt, und eine genaue Erklärung alles Merkwürdigen durch beygefügte Bemerkungen nicht vergessen werde.

§. 115.

Bestandtheile der Deduction selbst.

Die Bestandtheile einer jeden Deduction und die Ordnung, in welcher aus ihnen das Ganze entstehen muſs, ergeben sich von selbst aus einer Betrachtung des Zweckes und des hierdurch bestimmten Wesens derselben. Das erste Geschäft des Deducenten ist, daſs er die Begebenheiten und Thatumstände, aus welchen er sein Gesuch, als einen Schluſs, ableitet, bekannt mache. Durch die Erfüllung dieses Geschäftes wird der historische Theil der Deduction, oder die *Geschichtserzählung* geliefert. An diese Erzählung knüpft sich der Beweis, daſs der zu ziehende Schluſs durch das Erzählte wirklich begründet sey. Dieser Beweis kann hier, wo der Schluſs ein *rechtliches* Gesuch seyn soll, nur in der Nachweisung der Identität der Merkmale des Erzählten mit den Merkmalen dessen, was zur Anwendung einer Rechtsregel gehört, bestehen. Hierdurch wird der dogmatische Theil der Deduction, oder die eigentliche *Ausführung* ihres Gegenstandes geliefert. Endlich muſs aus diesen Prämissen das *rechtliche Verlangen* selbst, dessen Erfüllung man beabsichtigt, als

eine nothwendige Folge, abgeleitet werden, womit die ganze Deduction *beschlossen* wird.

§. 116.

Geschichtserzählung.

Die Darstellung derjenigen Begebenheiten und Thatumstände, welche zu dem Gesuche der Parthie bey dem Gerichte die Veranlassung und den Grund enthalten, ist die *Geschichtserzählung* in der Deduction.

Es bedarf nur einer Anwendung der, im vorigen Kapitel geschilderten Eigenschaften jeder processualischen Arbeit auf diese, um über die Güte oder Fehler derselben ein bestimmtes Urtheil fällen zu können. Es sey daher genug, hier nur noch dieses, als nähere Bestimmungen, zu bemerken: daſs das Gesuch des Deducenten dasjenige sey, auf welches die Geschichtserzählung, als auf ihren Zweck, berechnet seyn müsse, durch welches daher auch allein ein Urtheil über die Relevanz oder Irrelevanz der möglichen Gegenstände dieser Erzählung begründet werden könne; daſs ferner die, hier zu beobachtende Ordnung die strengste chronologische und der ange-

messenste Styl keineswegs der zerschnittene (wie bey anderen Geschichtserzählungen), sondern der, in kurze, leichte Perioden eingekleidete und in der *halb oder ganz vergangenen Zeit* erzählende sey.

Sobald es, bey einer schon zum Theile verhandelten Sache, von dem geringsten Nutzen seyn kann, von der bisherigen Verhandlung der Streitsache Nachricht zu geben, (etwa um keinen Zweifel darüber zu lassen, daſs gerade itzt dieses Gesuch anzubringen war), so muſs die Geschichtserzählung auch durch die einzelnen Theile der Verhandlung, in so ferne diese hier ein Interesse haben können, durchgeführt werden. Alsdann zerfällt die Geschichtserzählung in zwey Theile, in die *Geschichtserzählung im engeren Sinne* (species facti) und die *Proceſsgeschichte* (historia processus), wovon jene dieser, vermöge der chronologischen Ordnung, vorausgehen, diese aber nothwendig nach denselben Regeln, wie jene, gefertigt werden muſs.

§. 117.

Eigentliche Ausführung.

Die eigentliche rechtliche Ausführung besteht in dem Beweise, daſs bey dieser Lage

der Sache das bezweckte Gesuch des Deducenten dasjenige sey, auf welches ein nothwendiger Schlufs habe führen müssen, dessen Erfüllung daher der Deducent zuversichtlich entgegen sehen könne.

Alles Ueberflüssige mufs verbannt seyn. So auch dieser Beweis, wenn über die Merkmale des Factums, oder der gesetzlichen Fälle, oder endlich der Identität beyder kein Zweifel möglich ist.

So wenig übrigens die Argumentation, aus welcher dieser Hauptbestandtheil der Deduction durchaus besteht, sich an feste Regeln binden läfst, so sehr ist dem Deducenten strenge Beobachtung der allgemeinen Regeln für die Verfertigung aller processualischen Arbeiten wichtig. Werden diese Regeln beobachtet, so werden gewifs die Entscheidungsgründe, mit der gröfsten Bündigkeit und Stärke, den Zweifelsgründen und der Widerlegung derselben, welche in der Regel nur in Gegendeductionen (a) einen Platz finden, vorausgeschickt werden, und gewifs wird dann, bey nothwendigen weit-

(a) *Diese widerlegende Deductionen können öfters sehr abgekürzt werden.*

läufigen Ausführungen, der Deducent es nicht vergessen, daſs die Deutlichkeit des Vortrages auſserordentlich gewinnen müsse, wenn mehrere, zu dem Zwecke der Ausführung zu beweisende verschiedene Punkte sorgfältig getrennt werden, in welchem Falle dann, zur Fixirung der Aufmerksamkeit des Lesers auf das, worauf es vorzüglich ankömmt, eine Anzeige des zu erörternden Punctes der jedesmaligen Ausführung in möglichster Kürze vorausgeschickt werden muſs.

Ein grober schimpfender Ton, Personalitäten und satyrische Ausfälle auf den Gegner müssen, besonders in Gegendeductionen, sorgfältig vermieden werden. Die Nichtbeobachtung dieser Regel macht die Advocaten und Procuratoren der Parthieen selbst straffällig (b). (§. 58 *a.*)

§. 118.

Beschluſs.

Der Beschluſs der Deduction stellt, in der höchsten Bündigkeit, den eigentlichen Zweck des Deducenten, als ein Resultat der bisherigen Ausführung, dar. Immer wird dieses Resultat in den processualischen Vorträgen der Parthieen in der Form eines Gesuches, einer Bitte an den

(b) *J. R. A.* §. 165.

Richter vorgetragen. Dafs diese Bitte in der Form so gearbeitet werden müsse, dafs, wenn der Deducent seinen Zweck erreicht, dieselbe der *wörtliche* Innhalt der richterlichen Verfügung seyn könne, ist zwar eine allgemeine Regel, deren *Nothwendigkeit* sich aber nicht erweisen läfst. Wohl aber mufs *in der Sache* die Bitte des Deducenten mit der, unter Voraussetzung der Wahrheit seiner factischen Prämissen, rechtlich möglichen Verfügung des Richters vollkommen übereinstimmen.

§. 119.

Von den Beylagen.

Gewöhnlich ist es für den Zweck des Deducenten wichtig, einzelne seiner Behauptungen sogleich zu erweisen, oder doch durch Erläuterungsmittel zu verdeutlichen. Da diese Beweis- und Erläuterungsmittel nicht in den Text der Deduction selbst eingeschaltet werden können, ohne alle Deutlichkeit — das erste Gesetz des Schriftstellers — und Zusammenhang aufzuopfern, so entstehen alsdann *Beylagen* der Deductionsschrift, welche als Anhänge derselben mit übergeben werden. Sie werden, wenn es möglich ist, in der Ordnung, nach welcher sich in der Deduction auf sie berufen wird, gelegt,

jede mit einer zweckmäſsigen Rubrik und einem willkührlichen Zeichen, (mehrere aber am besten mit fortlaufenden Nummern oder Buchstaben) versehen, welches Zeichen dann bey der Stelle, wo man sich auf die Beylage beruft, nebst einem Berufungsmerkmale, an den Rand gesetzt wird.

§. 120.

Aeuſsere Form der Deductionsschrift.

Die Deductionsschriften der Parthieen sind bestimmt, dem Gerichte das rechtliche Verlangen der Parthieen auszudrücken, sie müssen daher nothwendig an jenes gerichtet seyn. Hierin liegt der Grund, warum entweder sie selbst innerlich in Briefform abgefaſst, mithin mit den gewöhnlichen Curialien des Eingangs, des Contextes und der Unterschrift versehen, oder vermittelst eines besonderen Briefes, worin der Schrift als einer Beylage erwähnt und um eine, der Absicht des Schriftstellers gemäſse Verfügung gebeten wird, (Präsentations-Oblationsschreiben) (a) übergeben werden müssen.

Immer werden die Parthieschriften in Folio, mit einem 2 Queerfinger breiten Rande, be-

(a) *Ausser Sachsen ist dieses aber, die Beweisschriften zum Theile ausgenommen, nicht sehr üblich.*

schrieben, alsdann gewöhnlich in Quart, (an manchen Orten auch in Octav) zusammengelegt und auf der äufseren Seite (a) mit einer Rubrik versehen, welche die summarische Anzeige des Innhalts der Schrift, Bezeichnung der streitenden Theile, (b) von welchen der, in dessen Namen die Schrift übergeben wird, zuerst gesetzt wird, — dann an der rechten Seite unten die Bemerkung des Streitpunktes und an der andern die Verzeichnung der Beylagen enthält.

§. 121.

Vom Recessiren.

Nicht immer können die Vorträge der Parthieen schriftlich übergeben werden. Bey manchen, vorzüglich den unteren Gerichten, ist es üblich, dafs alle processualischen Vorträge der Parthieen mündlich angebracht werden, bey andern, gewöhnlich den höheren Gerichten, ist dieses nur in Ansehung der, zur Betreibung des

(a) *Wenn nämlich es nicht üblich ist, die Schrift völlig wie einen Brief zu addressiren.*

(b) *Hierzu gehört Vor- und Zunamen, Stand, Amt, Würde, und die Eigenschaft, in welcher sie in diesem Processe auftreten. Ist eine Veränderung der Parthieen geschehen, so wird dieses durch nunmehro oder modo ausgedruckt.*

legalen Gangs des Verfahrens nothwendigen Handlungen gebräuchlich. Immer wird dann das Vorbringen der persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erschienenen Parthie ein *Recefs*, ein *Recessiren* (a) genannt. Die innere Form dieser Recesse ist von der der schriftlichen Vorträge nicht verschieden, die äufsere Einkleidung hingegen mufs alsdann so seyn, dafs, wenn der Vortrag sogleich wörtlich (wie immer geschehen mufs) von dem Richter selbst, oder dem Gerichtsschreiber, niedergeschrieben wird, alle Regeln von der richtigen Abfassung der Protocolle (§. 156.) strenge beobachtet sind. Bey manchen Gerichten wird es den Procuratoren gestattet, gewisse Vorträge, welche sonst nur in mündlichen Recessen vorgebracht werden können, sogleich in der Form eines zu Protocoll gebrachten Recesses, schriftlich zu übergeben. Alsdann giebt es Ausnahmsweise schriftliche statt mündlicher Recesse (recessus scriptus loco oralis), welche, als schriftliche Aufsätze der Parthie, mit der gewöhnlichen Rubrik versehen werden müssen.

(a) *Von dem Grunde dieser Benennung.*

ZWEYTER TITEL.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Gerichte.

ERSTER ABSCHNITT.

Von der Art und Weise des Verfahrens des Richters.

ERSTER ABSATZ.

Allgemeine Darstellung der Richtungen der Thätigkeit des Richters bey einem Rechtsstreite.

§. 122.

Einleitung.

Der Richter, als die Seele des Gerichts, muſs nothwendig von dem Augenblicke an, wo ein Rechtsstreit bey ihm angebracht wird, bis zu der gänzlichen Beendigung desselben, ununterbrochen thätig seyn. Der Zweck dieser Thätigkeit ist (wie schon oben bemerkt wur-

wurde): die Prüfung und Entscheidung des anhängigen Rechtsstreites — und der Endzweck: die Realisirung der anerkannten, vom Staate garantirten Rechte des Siegers. Hierauf müssen mithin auch alle einzelnen Bestimmungen dieser Thätigkeit gerichtet — alle darauf berechnet seyn, die Erreichung dieses Zweckes und Endzweckes entweder unmittelbar oder mittelbar (durch die in der 1. Abtheilung angegebenen Mittel) herbeyzuführen. Eben darum scheint es mir am zweckmäſsigsten, bey der Betrachtung der Regeln für die Aeusserungen der richterlichen Thätigkeit, der natürlichen Folge dieser Aeuſserungen nachzugehen. Es bedarf indessen wohl kaum einer Erinnerung, daſs *hier* (nach dem Zwecke dieses generellen Theils) nur die *Grundregeln* für die Aeusserungen der richterlichen Thätigkeit, in so ferne diese nach einem bestimmten Punkte hingerichtet seyn muſs, angegeben und keineswegs das genaue Detail irgend eines bestimmten Verfahrens erörtert werden solle (a).

(a) *So wird hier nicht erörtert, wann und wie der Richter bestimmte Verhandlungen (z. E. Einlassungen, Replic u. s. w.) zu verfügen*

§. 123.

1. *Bestimmungen der Thätigkeit des Richters vor dem Anfange der Verhandlungen.*

Sobald ein Fordernder auftritt und dadurch zum gerichtlichen Verfahren über einen Rechtsstreit Veranlassung wird, so mufs die Sorge des Richters sogleich dahin gehen, dafs nicht, zum Behufe dieses Verfahrens, Verhandlungen vorgenommen werden, welche nachher als nichtig und unwirksam in sich selbst zusammenfallen müsten. Vor allen Dingen ist daher ein Gegenstand seiner Prüfung die *Competenz* des Gerichts (§. 34. folg.), über welche ihn eine nähere Betrachtung der Streitsache, der streitenden Theile und der Grenzen seines Amts entscheiden lehrt. Findet er seine Zuständig-

habe, sondern nur, wie er seinen Zweck zu erreichen suchen müsse, wenn er irgend eine Handlung (gleichviel welche) von der Parthie zu verlangen habe. So wird hier keineswegs erörtert, was der Richter zu thun habe, wenn der Beklagte auf die Klage nicht antwortet, wenn der Kläger nicht replicirt u. s. w.; sondern es wird nur der Gesichtspunkt angegeben, aus welchem die Gesetze überhaupt das, gegen Ungehorsame einzuschlagende Verfahren betrachten u. s. w.

keit begründet, so ist ein zweyter Gegenstand seiner sorgfältigen Prüfung *der Punkt der Legitimation*, *sowohl der activen* (§. 56.) *zur Sache*, *als zum Processe;* und gewiſs ist es ein groſser Fehler des Richters, wenn er, wo es sichtbar in Ansehung dieses Punktes fehlt, statt hier sogleich und vor allen Dingen durch eine Verfügung auf die Berichtigung desselben zu dringen, den Anfang der weiteren Verhandlungen auf den bloſsen Zufall hin gestattet, daſs diesem Mangel möglicher Weise in der Folge noch abgeholfen werden könne. Alsdann muſs wieder *der Gegenstand des Streites* und *das Vorbringen der Parthie selbst*, wodurch das Verfahren veranlaſst wurde, der richterlichen Prüfung unterworfen werden, damit die Art der, hier nothwendigen Verhandlung und ob überhaupt, oder doch schon izt, eine weitere Verhandlung zu gestatten sey, bestimmt werden könne; denn der Innhalt der, den Anfang der weiteren Verhandlungen begründenden Verfügung wird natürlicher Weise verschiedenartig bestimmt, je nachdem mündliche, oder schriftliche Verhandlungen, summarisches oder nicht summarisches Verfahren als nothwendig betrachtet werden muſs. Ist das Gesuch der

Parthie, welche das Verfahren veranlaſste, ohne Zweifel *in der Sache* selbst, stets oder doch izt noch, verwerflich, so muſs diese Parthie sogleich, ganz oder noch zur Zeit, abgewiesen werden und es können mithin gar keine weiteren Verhandlungen statt finden; bey wesentlichen Fehlern in der Form (a) hingegen, so wie bey minder wesentlichen Mängeln oder Fehlern wird am besten durch eine Präliminarverfügung (b) des Richters die Verbesserung des, nur *angebrachter massen unstatthaften* Gesuchs eingeleitet.

§. 124.

Fortsetzung. Von dem Versuche der Güte.

Bevor indessen der Richter, wenn er nach allen den angegebenen Prüfungen keine Gründe findet, um die weitere Verhandlung der Streit-

(a) *Hierher gehören auch die ungegründeten Bitten in Ansehung des Processes. Nie darf hier der Richter auf eine, nicht gebetene Proceſsart erkennen, es sey denn, daſs das gebetene von dem rechtlich zu erkennenden sich, in Ansehung der Form, einzig durch Beschleunigung auszeichnete (wie das allgemeine summarische im Verhältnisse zum ordentlichen Verfahren) Gönner Handb. II. 27. XI.*

(b) *Vorbescheide. Praelocute. Von dem Loquatur.*

sache nicht zu gestatten, diese nun wirklich veranlaſst, machen es ihm die Gesetze (a) zur Pflicht, (was freylich nicht aus dem Begriffe seines Amtes flieſst) vor allen Dingen bey wahrhaft *zweifelhaften* Sachen einen Versuch zu machen, ob er nicht weitläuftige und kostspielige Verhandlungen dadurch verhindern könne, daſs er die Parthieen zu einer vertragsmäſsigen Ausgleichung des Streites zu bewegen sucht. Zu diesem wohlthätigen Zwecke ist es nothwendig, daſs der Richter, ehe er der in Anspruch genommenen Parthie die Verbindlichkeit auflegt, sich auf die gegen sie angebrachte Forderung einzulassen, beyde Parthieen (wenn es nothwendig und möglich ist) zum *persönlichen* Erscheinen vor Gerichte in einem bestimmten Termine lade, wobey jedoch mit der Ladung an den belangten Theil zugleich ein, das Vorbringen des Fordernden demselben mittheilendes Decret verbunden werden muſs, damit jener selbst über die, einen einzugehenden Vergleich anrathenden, oder abrathenden Gründe im voraus nachzudenken im Stande sey. In diesem angesetzten Termine selbst ist es Pflicht des Richters, den Parthieen die Gründe, welche hier einen gütlichen Vergleich rathsam machen können, und dann ein Project zu dem Ver-

(a) *I. R. A.* §. 110.

gleiche selbst an die Hand zn geben, aber nie zu vergessen, dafs ein Vergleich eine *gütliche* Uebereinkunft seyn müsse. Damit er diese Pflicht erfüllen könne, weiset ihn das Gesetz (a) selbst an „sich von der Sache wohl zu informiren und bey dergleichen gütlichen Vergleichen immer sein Absehen dahin zu haben, dafs die *öffentlich* ungerechte Sach führende Parthie zu demselben nicht gelassen, noch der Recht habende Theil dadurch beschweret, noch auch die Justitz, wider des andern Theiles Willen, verzögert werde.“ Eben weil aber dieses genaue Informiren gleich im Anfange häufig unmöglich ist, so wird öfters der Versuch der Güte mit Erfolg erst während des Gangs der Verhandlungen (etwa vor dem Beweisverfahren) angestellt werden können, was das Gesetz daher auch ausdrücklich nachgiebt. Immer mufs über die Verhandlung in dem, zu diesem Versuche angesetzten Termine ein genaues Protocoll abgehalten werden, und das Ende des vergeblichen Versuches ist, dafs der Richter nun den Fortgang der Verhandlungen verfügt.

(a) *J. R. A.* §. 110.

§. 125.

II. *Bestimmungen der Thätigkeit des Richters während des Laufs der Verhandlungen.*

Man umfaſst die Summe der, während des Laufs der Verhandlungen, dem Richter obliegenden Pflichten durch den Begriff der *Direction des Processes*, vermöge welcher er dafür zu sorgen hat, daſs der Rechtsstreit in der zweckgemäſsen und gesetzlichen Ordnung betrieben, und alles, was zu Nichtigkeiten, zu Verwirrung, Verzögerungen und unnöthigen Weitläuftigkeiten Veranlassung geben könnte, vermieden wird. In Ansehung dieser Direction des Processes ist es ein, aus dem Geiste unsrer Gesetzgebung flieſsender Grundsatz: daſs der Richter *unbedingt* nur *negativ* thätig seyn könne, d. h. nur dafür zu sorgen habe, daſs nicht durch eine fehlerhafte Verhandlung dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens entgegengehandelt werde, — daſs hingegen die *positive* Thätigkeit desselben d. h. die Sorge für Beförderung und Beschleunigung des legalen Gangs der Verhandlung *bedingt* sey durch die Aufforderung des streitenden Theiles, welcher ein rechtliches Interesse hierbey haben

kann (a) (§. 78). Vermöge des ersteren Theils seiner Pflicht ist er verbunden, jedes, auch das geringste Vorbringen der Parthieen, so wie jede Handlung, welche vor Gericht geschieht, sogleich genau in Hinsicht ihrer Relevanz, ihrer Zulässigkeit und der Consequenz der Bitte aus den Prämissen zu prüfen und genau darauf zu achten, daſs die Verbesserung *wahrer* Fehler alsbald durch Prälocute eingeleitet werde, damit nicht durch dieselben vielleicht ganze Theile der Verhandlung mehr oder minder zweckwidrig verbildet werden. Eben dahin gehört auch die Sorge für die Erhaltung der Vollständigkeit und der gehörigen Ordnung der Acten, für welche er durch Paginiren, Foliiren, Quadranguliren und Heften, dann durch gehöriges Präsentiren (b) jeder eingelangten Schrift, durch verfertigte Generalprotocolle (protoc. general., termini protocollares) und

(a) *Einzelne scheinbare Ausnahmen dieser Regel werden in der Folge angegeben werden.*

(b) *Böse Folgen dieser Unterlassung. a) Unordnung, b) Processe über die Zulässigkeit oder Zufälligkeit nicht präsentirter Producten. Wer muſs beweisen, daſs das Exhibitum zur rechten Zeit exhibirt seye? Vergl. gegen Danz §. 89. Gönner zu Danz n. XI.*

Verzeichnisse der eingelaufenen und ausgefertigten Sachen (protocolla rerum exhibitarum et expeditarum) mit gutem Erfolge thätig seyn kann (a). Die Richtungen der positiven Thätigkeit des Richters werden die folgenden §§. darstellen.

§. 126.

Fortsetzung. Ladungen, Auflagen, Termine.

Sobald nicht, was immer Ausnahme ist, die vor den Richter gebrachte Sache sogleich von allen Seiten her ungezweifelt und mithin zu einem endlichen Richterspruche reif ist, so ist es der Natur der Sache und dem Geiste unsrer Proceſsgesetze, welche durchaus die Rechte beyder Parthieen dem Richter als gleich heilig darstellen, gemäſs, daſs, durch bewirkte weitere Verhandlungen der Parthieen, nicht nur dem Gegentheile des Fordernden Gelegenheit zum Vorbringen seiner rechtlichen Schutzreden verschafft, sondern auch alle, einer rechtlichen Entscheidung noch entgegenstehende Zweifel

(a) *Auch die Veranstaltung verschiedener Actenbunde bey zusammengesetzten Streitigkeiten gehört hierhin, wovon in der Folge bey mehreren Gelegenheiten die Rede seyn wird.* *Ueberh. vergl.* Gönner *Handb. I.* 17.

entfernt werden. Diese Verhandlungen und Beweisführungen nun muſs daher der Richter, sobald eine Parthie ein gerichtliches Verfahren über einen Rechtsstreit verlangt, verfügen, wozu er *Ladungen* (§. 79), wenn persönliches Erscheinen der Parthieen, *Auflagedecrete*, wenn sonst die Verrichtung einer bestimmten Handlung nothwendig ist, erlassen muſs. Die Form dieser beyden Decrete ist, wie bey allen richterlichen Verfügungen (wovon Kap. 3.); daher hier von dem Wesen dieser bestimmten Verfügungen nur so viel, daſs sie auf ihren Zweck berechnet seyn, mithin den Parthieen eine deutliche Vorstellung von dem, was ihnen nach denselben zu thun obliegt, zu erwecken im Stande seyn müssen. Es muſs deswegen den Parthieen kein Zweifel übrig bleiben, ob gerade sie gemeint seyen und vor welchem Gerichte, in welcher Sache und auf welche Art sie der Verfügung Genüge leisten sollen. Zugleich muſs nun auch eine Zeitbestimmung von dem Richter angegeben werden, *binnen welcher* oder *zu welcher* die Parthie das Aufgegebene verrichten solle (terminus vel intra quem [Frist, dilatio] vel fixus [*Termin*] *Tagefahrt*). (§. 78.) Die Dauer dieser Termine bestimmen die Gesetze bald dem Richter (Ordnungsfrist), bald überlassen sie die Bestim-

mung derselben dem richterlichen Ermessen, in welchem Falle gewöhnlich die Observanz der einzelnen Gerichte, ohne daſs jedoch die Rücksicht auf die Natur der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen wäre, bestimmend ist.

§. 127 *a.*

Fortsetzung. Dilatorische, peremtorische Termine. Fatalien.

Uebrigens ist es *im Ganzen* einerley, ob der Richter die bestimmte Handlung, welche eine Parthie vorzunehmen das Recht hat, binnen oder auf einen bestimmten Termin *aufgiebt* (*arctatorische Ladung*), oder ob er, diese Handlung binnen oder auf eine bestimmte Zeit vorzunehmen, ausdrücklich, oder stillschweigend (wie bey dem Communicetur zur Nachricht (a)) *freyläſst* (*monitorische Ladung*).

(a) *Soll indessen dieses ganz der ausdrücklichen monitorischen Ladung gleich seyn, so muſs darin zugleich die Zeitbestimmung für die Vornehmung der, auf das communicirte Exhibitum folgenden Handlung ausdrücklich oder stillschweigend angegeben seyn. So ist es eine vollständige monitorische Ladung zur Vorbringung der möglichen Rechte des Klägers auf die Triplik, wenn ihm die Duplik zur Nachricht mitgetheilt und der Termin für die Publication der Sentenz bekannt gemacht wird.*

Die Gesetze würden ohne weiteres die letztere Art der Ladungen zu einer allgemeinen Form des Verfahrens haben erheben können. *Unsre* Gesetze dagegen haben, in Ansehung aller derjenigen Handlungen, welche sie, als auf die vollständige Rechtserörterung berechnete *Haupthandlungen* betrachten, die *arctatorische* Ladung als *allgemeine* Form des Verfahrens aufgestellt. Ja sie betrachten es *als Regel*, daſs der arctatorische Termin erst dann für die aufgegebene Handlung präjudicirend seye, wenn der Richter ein solches Präjudiz an dessen Versäumung ausdrücklich geknüpft habe (terminus dilatorius et peremtorius), und sie machen es zu einer *Förmlichkeit* des solennen Verfahrens, daſs der Richter erst an den dritten Termin dieses Präjudiz knüpfen könne. (a) Nur in einzelnen wenigen Ausnahmen erklären unsre Gesetze eine Zeitfrist für *ipso iure peremtorisch* (tempus fatale), wodurch denn, in so ferne diese Zeitfristen in richterlichen Ladungen bestimmt werden, die sogenannten fatalia iudicis entstehen. (b)

(a) *Cod. VII.* 43. *c.* 8. *V.* 1. *D. fr.* 68—70.

(b) *Nach gemeinem Rechte sehr zweifelhaft (diss. Wernher V.* 76), *aber den mehrsten Landesordnungen und Gerichtsobservanzen gemäſs, gehört hierher der Beweistermin. Das*

§. 127 b.

Fortsetzung. Erstreckungen der Termine.

Der angesetzte richterliche Termin läſst indessen, auf geschehenes Verlangen einer Ver-

gemeine Recht stimmt hiermit nur in Ansehung des 15tägigen Beweistermines für die exceptio spolii bestimmt überein.

Daſs übrigens bey dem fatale iudicis, anders wie bey den gewöhnlichen peremtorischen Terminen, sich das Präjudiz, ohne vorausgegangene Versäumungsanzeige und richterliches Decret, von selbst realisire, wie selbst Gönner glaubt (Handb. II. 32. n. 27.), kann ich, wenn dieſs nicht in der Proceſsordnung besonders bestimmt oder der Observanz, welche dem Beweiſstermine die peremtorische Kraft verliehen, ganz unstreitig gemäſs ist, nicht annehmen. Es bleibt dieser Termin doch immer richterlicher, und es müssen daher, auch wenn er von selbst peremtorisch ist, alle nicht aufgehobenen Grundsätze von peremtorischen Terminen ihre Thätigkeit behalten. Mit mir stimmt Martin §. 134. überein.

Hierdurch vorzüglich unterscheidet sich das fatale iuris (gesetzliche Nothfrist — wie bey dem Gebrauche der Rechtsmittel) sehr von der richterlichen Nothfrist. Ueber das fatale iuris hat der Richter gar keine Gewalt. Ob die Parthieen? ist zweifelhaft. Ich glaube es indessen, gestützt auf die Grundsätze vom Con-

längerung, richterliche Erstreckung (prorogatio) zu. Bey dilatorischen Terminen hat diese keinen Anstand. Bey peremtorischen hingegen kann sie, ohne hinlängliche Gründe, nicht ertheilt werden. Diese Gründe müssen eigentlich von der Art seyn, daſs sie, nach dem Ablaufe der Frist erst vorgetragen, eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der versäumten Frist rechtlich müſsten erwirken können, und doch soll auch hier noch, bey dem *zweyten* Prorogationsgesuche, zuvor der Eid für Gefährde abgeschworen werden. (a)

Die erstreckte Frist läuft übrigens in der Regel von dem Ablaufe der vorhergehenden an. Daſs aber die verlangte Fristerstreckung auch stillschweigend *ertheilt* werden könne, ist nur dann wahr, wenn der Richter nicht, vor dem Ende der gebetenen Erstreckung, durch Erkennung des Präclusiv-Decretes auf die Ver-

ventionalprocesse, mit J a n *de prorogatione atque coarctatione fatalis interponendae appellationis, Gissae* 1787. — *trotz der scharfsinnigen Zweifel in* K l ü b e r s *kl. jurist. Bibl. V.* 20.

(a) *J. R. A. §.* 50.

säumungsanzeige des Gegners, dieselbe stillschweigend *abschlägt.* (a)

§. 128.

Fortsetzung. Insinuation. Requisitorialien.

Sollen die erwähnten Verfügungen des Richters Wirkung haben, so müssen sie dem, welchem dadurch etwas angesonnen wird, auf die gehörige Art bekannt gemacht (insinuirt) werden, wovon eine Bescheinigung zu den Acten zu bringen ist. Diese Einhändigung muſs dem,

(a) *Was man unter der gewöhnlichen Behauptung: daſs eine Fristerstreckung, welche die Gesetze nicht gestattet wissen wollen, für* a b g e s c h l a g e n *zu halten sey* (G l ü c k *Erl. d. Pand.* §. 267.), *verstehe, kann ich nicht bestimmen. Soll es heiſsen: eine ohne allen Grund gebetene Fristerstreckung ist stillschweigend abgeschlagen? Oder: eine ohne* h i n l ä n g l i c h e n *Grund gebetene? Und woran erkennt man, ob der Richter die Gründe für hinlänglich gehalten, ob er also stillschweigend gegeben, oder nicht gegeben habe!*

Meines Erachtens hat man ein erworbenes Recht auf eine neue Frist, erst wenn sie ertheilt worden ist. So lange aber der Gegner noch kein Recht, unsre Handlung auszuschliessen, erworben hat, haben wir, auch ohne Frist, das Recht zu handeln noch nicht verlohren.

an welchen die Verfügung gerichtet ist (bey Streitgenossen jedem besonders, wenn sie nicht einen Procurator haben), selbst (in faciem oder ad manus), und zwar zu einer Zeit und an einem Orte geschehen, wo er sich nicht dieselbe, wegen Störung seiner Andacht (wie bey Sonn- und Fest- nicht Feyertagen), oder weil er in der Uebung öffentlicher Amtsgeschäfte ausser seinem Hause begriffen sey, verbitten kann. Nur wenn dieses unmöglich ist, kann die Einhändigung durch Abgabe der Verfügung an die Hausgenossen, oder Anheftung derselben an die Haus- oder Stubenthüre in Gegenwart der Nachbaren oder Andrer (ad domum), subsidiarisch geschehen, in welchem Falle aber doch die, nicht unwahrscheinliche Behauptung dessen, an welchen die Ladung gerichtet war, keine Nachricht von derselben erhalten zu haben, alle Wirkungen der geschehenen Insinuation, wenn nicht das Gegentheil bewiesen werden kann, aufhebt.

Ein Gericht kann aber natürlich die von ihm verfaſste Verfügung (citatio *directa*, wenn es eine Ladung ist) nur denjenigen *unmittelbar* einhändigen lassen (citatio dir. immediata), welche seinem Gerichtszwange unterworfen sind,

sonst

mufs dieses durch den Richter, welchem sie unterworfen sind, *mittelbar* (cit. dir. mediata) oder gar *subsidiarisch* (cit. subsidiaria) d. h. so, dafs dieser Richter die Verfügung selbst abfafst, geschehen (a). In diesen beyden Fällen mufs der fremde Richter durch Requisitionsschreiben hierzu eingeladen werden, welche in Briefform verfafst, als Briefe versiegelt und addressirt werden, und die Veranlassung derselben, die Bitte selbst um die Einhändigung der beygefügten, oder Verfertigung der, dem Innhalte nach angegebenen Verfügung, nebst der Bitte um Ertheilung gehöriger Nachricht von der Willfahrung, und zuletzt das Anerbieten zu ähnlichen Gefälligkeiten enthalten (*).

Die Kosten für die erlassene Verfügung mufs einstweilen derjenige tragen, welcher sie veranlafst hat, welchem auch, damit er seine

(a) *Die citatio directa mediata tritt ein, wenn dem citirenden Richter über den, nicht binnen den Grenzen seines Gerichtsbezirks sich aufhaltenden Citanden doch die Gerichtsbarkeit zusteht. Ist auch dieses nicht, so kann nur citatio subsidiaria Statt finden.*

(*) *Von den Beweisarten der Insinuation.*

Rechte wahren könne, gehörige Nachricht von der erlassenen Verfügung zu ertheilen ist (a).

§. 129.

Fortsetzung. Oeffentliche Ladungen.

Kann auf keine der angegebenen Arten die Insinuatiou bewirkt werden, weil man z. B. den Namen und Wohnort der zu Ladenden nicht kennt, oder die Insinuation an dem Orte ihres Aufenthaltes mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, dann tritt an die Stelle der Insinuation öffentliche Bekanntmachung der Ladung, (citatio edictalis).

Diese mufs so eingerichtet werden, dafs man annehmen kann, es seye wenigstens die eigene Schuld des zu Ladenden, wenn er von ihr keine Nachricht erhalten hätte. Uebrigens hängt es von den Umständen und dem Ermessen des Richters ab, wie die Publication selbst am zweckgemäfsesten geschehen könne, ob durch Ablesen von der Kanzel, durch Einrückung in öffentliche Blätter (und in welche von diesen) durch Anheftung an öffentlichen Plätzen (woher der Name *Edictalladung*) durch Vorlesen in den

(a) *Form dieser Benachrichtigung. Gedenkzettel.*

versammelten Gemeinen u. d. gl. — *Daſs* diese Publication und *wie* sie geschehen sey, muſs immer aus, darüber zu den Acten zu bringenden Notizen erhellen (*).

§. 130.

Contumacialverfahren.

Vorzüglich wichtig ist die Richtung, welche die richterliche Thätigkeit alsdann nehmen muſs, *wenn das, was bey einem Rechtsstreite, der richterlichen oder gesetzlichen Verfügung zu Folge, in bestimmter Zeit und Form hätte geschehen oder unterbleiben sollen, nicht beobachtet wird* (contumacia) (a).

Diese Contumaz kann bald Nichtbefolgung solcher Verfügungen seyn, welche eine unbedingte Verbindlichkeit, sey es der Parthie selbst (wie bey rechtskräftigen Erkenntnissen) oder eines Dritten (wie bey Zeugenaussagen und Urkundeneditionen), anerkennen, bald bloſse Unterlassung der, in bestimmter Zeit auferleg-

(*) *Von der Zeitzählung bey Terminen.*

(a) *Schmelzer Contumacialproceſs der höchsten Reichsgerichte.* S. 2.

ten oder nachgelassenen Verhandlungen der streitenden Theile.

In jenem Falle ist die Contumaz wahrer *Ungehorsam* und Verletzung bürgerlicher Verbindlichkeiten, es kann daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daſs durch zweckgemäſse directe Zwangsmittel (wovon nachher bey der Execution der Sentenzen) der Widerspenstige zu dem schuldigen *Gehorsam* angehalten werden müsse.

In diesem Falle dagegen ist kein Ungehorsam, sondern nur *Versäumurg der Termine* vorhanden, und da jede processualische Verhandlung eines streitenden Theiles auf die Erreichung eines möglichen Vortheils des Handelnden für den Zweck des Verfahrens berechnet ist, so liegt es in der Natur des Verfahrens, daſs zwar bey dilatorischen Terminen so gut, als bey peremtorischen, der Versäumende die Kosten tragen müsse, welche er durch den, für ihn vergeblich angesetzten Termin, vergeblich verursacht hat, daſs aber in der Sache selbst bey versäumten dilatorischen Terminen gar kein, bey den übrigen Terminen hingegen (seyen es monitorische oder arctatorisch - pe-

remtorische) nur derjenige *Nachtheil* (a) den Versäumenden treffen könne, welchen dieser, durch *Verzichtung* auf die Vortheile, welche, *nach der Ansicht der Gesetze* von der Natur einer bestimmten Handlung, durch diese *möglicher Weise* erworben werden *konnten*, selbst über sich verhängt hat. (§. 78.)

Nicht *ganz* von diesem, in der Natur der Sache gegründeten Gesichtspunkte giengen die *römischen* und *canonischen* Gesetze aus, seitdem aber durch den jüngsten Reichsabschied (b) alle, direct zur Verhandlung zwingende Mittel gesetzlich verbannt worden sind, ist jener Gesichtspunkt für uns auch der positiv gesetzliche geworden, welcher nicht nur alle Formen des Contumacialverfahrens (Praeclusionen, Desertionen, fingirte Eingeständnisse u. s. w.) vollständig erklärt, sondern uns auch das, den Richter in allen, gesetzlich nicht ausdrücklich be-

(a) *Will man diess nur unter poena contumaciae verstehen, so kann man die gewöhnliche Darstellung, dass bey versäumten dilatorischen Terminen nur die poena generalis, bey peremtorischen aber die poena specialis folge, einigermassen vertheidigen.*

(b) §. 36.

stimmten Fällen einzig mit Sicherheit leitende Princip an die Hand giebt (a).

Kostenerstattung tritt daher so oft ein, als durch den versäumten Termin Kosten vergeblich verursacht worden, und selbst der Mangel aller Verschuldung bey der Versäumung kann den Versäumenden von dieser Verbindlichkeit

(a) *Strafe im eigentlichen Sinne erklärt weder die gesetzlichen Folgen der Contumaz, noch giebt sie dem Richter ein leitendes Princip und eine Bestimmung seiner Befugnisse, welche er dagegen in dem obigen Principe findet, sobald er den Zweck einer jeden Handlung kennt. Um die Verbesserung dieser Lehre hat große Verdienste Gönner Handb. I. 18. Zwar hat ihn Martin in progr. de indole contumaciae, Gött. 1802. zu widerlegen gesucht; allein ich kann hier Martin, so sehr ich anerkenne, daſs es ehemals nicht ganz so war, wie izt, unmöglich beystimmen. Daſs bey der Contumaz des Beklagten lis pro negative contestata angenommen wird, erklärt sich nach Martins Princip gar nicht (eine Strafe, welche in vielen Fällen Vortheil seyn kann!); nach dem Gönnerschen Princip erklärt es sich vollkommen, wenn man annimmt, daſs, nach dem Gesetze, die Antwort des Beklagten, in Hinsicht auf mögliche Vortheile des Beklagten, einzig auf die Beybringung der Exceptionen berechnet ist.*

nicht befreyen, da der seine Person treffende Zufall dem andern Theile nicht schaden darf. (a)

Nachtheil in Ansehung der Verhandlung selbst ist nur dann anzunehmen, wo *Verzicht* anzunehmen ist, und darum 1.) nicht bey solchen, welche nicht verzichten *durften* (b) (§. 78. not. a.); 2.) nicht bey solchen, welche, weil sie nicht handeln *konnten*, nicht wirklich *verzichteten*, sey es nun, daſs ihnen das zu Verhandelnde damals noch nicht bekannt war, oder daſs sonstige, nicht vorauszusehende Hindernisse sie von dem Handeln mit Nothwendigkeit abhielten (*legitima impedimenta*, *Ehehaften*) (c). In solchen Fällen darf entweder der, den Versäumenden sonst treffende Nachtheil gar nicht über denselben verhängt, oder er muſs, wenn dies auch einstweilen (*ob contumaciam praesumtam*) geschehen ist, gegen den verhängten Nachtheil in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden. (d)

(a) *Hier weiche ich von Gönner a. a. O. §. XIV. ab.*

(b) *Gönner zu Danz n. XXXV.*

(c) *Beyspiele in II. 11. D. und andern Stellen.*

(d) *Und zwar ohne Verhandlungen (brevi manu), sobald die angeführten Gründe der Art sind, daſs die Parthie, hätte sie dieselben vorher vorgebracht, gar nicht als verzichtende hätte*

§. 131.

Contumacialanklage, Reinigung von der Contumaz.

Immer aber muſs, wenn das Verfahren, bey versäumten arctatorischen Terminen, weiter geführt werden soll, die Gegenparthie erklären, daſs sie von dem Richter eine Verfügung verlange, in welcher die Folge der Versäumung verwirklicht und das alsdann angemessene weitere Verfahren bestimmt werde (vergl. §. 125.). Man nennt dieses eine *Contumacial-Anklage* (a), welche, sobald man von dem, aus versäumten gesetzlichen Nothfristen (fatalia juris), ipso jure eintretenden Nachtheile absieht, in allen übrigen Fällen, wenn die eine Parthie den, aus der Versäumung der andern für sie zu ziehenden Vortheil wirklich erlangen will, so nothwendig ist, daſs, bevor sie geschehen und ihr willfahrt ist, die versäumende Parthie immer noch sowohl mit Wirkung um eine neue Frist nachsuchen (b), als auch der

behandelt werden dürfen. — Von den Rechten des Gegners bey einer, brevi manu ertheilten restitutio.

(a) *Cod. III.* 1. *const.* 13. *ʃ.* 2. *Nov.* 112. *c.* 3. *Auth. Qui semel Cod. VII.* 43.

(b) *Wenn diese anders überhaupt gestattet werden kann.*

Verfügung Folge leisten, und dadurch, wie man sagt, sich von der Contumaz reinigen kann (purgatio contumaciae).

Mit dieser Contumacialbeschuldigung muſs, wenn sie von Wirkung seyn soll, die Bescheinigung, daſs man von seiner Seite der geschehenen Auflage Genüge geleistet habe (a), verbunden werden, übrigens wird sie, nach den Regeln der Implorationen, so verfaſst, daſs die Contumaz der Gegenparthie auf die, nach der beyzulegenden Bescheinigung, insinuirte Verfügung, als Geschichtserzählung vorausgeschickt, und dann (gewöhnlich ohne weitere Ausführung) das Gesuch um die weitere Verfügungen in dem Verfahren beygefügt, das Ganze aber, wenn es nicht protocollarisch aufgefaſst wird, wie alle Parthieschriften rubricirt wird.

§. 132.

Von den Beweisführungen.

Insbesondere äuſsert sich die positive Thätigkeit des Richters während des Laufs der Verhandlungen bey den Beweisführungen, nicht

(a) *Denn wenn sich beyde versäumt haben, so hat keiner ein Recht, und es ist, als ob gar kein Termin gestanden hätte (terminus circumducitur).*

nur indem er den Beweis auflegt, das Beweisthema festsetzt und die Beweistermine bestimmt, sondern auch ganz vorzüglich während der von der Parthie unternommenen Beweisführung selbst. Auf ihre Aufforderung nämlich muſs er hier aus allen Kräften thätig seyn, damit aus dem gewählten Beweismittel wirklich die ganze Beweiskraft, welche der Lage der Sache nach darin enthalten ist, entwickelt werde. So giebt es schon der Begriff des Augenscheins, daſs hier fast alles auf der Thätigkeit des Richters, welcher durch denselben überzeugt werden soll, beruhe; so muſs *er* bey der Eidesableistung durch Belehrung und wirkliche Abnehmung des Eides, in steter Thätigkeit seyn; so ist *er* es, durch den allein bey dem Zeugenbeweise es möglich wird, daſs dieses Beweismittel Wirksamkeit haben könne. Das Wesentliche der richterlichen Thätigkeit bey den Beweisführungen ergiebt sich leicht aus der Natur der Beweismittel, durch welche sie zu Stande kommen, die formellen Richtungen dieser Thätigkeit abzuhandeln, ist hier der Ort nicht. Nur in Ansehung der Zeugenbeweisführung wird uns schon hier eine Bemerkung wichtig, welche

nach der deutschen Gerichtsverfassung von allgemeinem Interesse ist.

§. 133.

Vernehmung der Zeugen.

Sobald nämlich die Beweisführende Parthie dem Richter erklärt, daſs sie durch bestimmte Zeugen ihren Beweissatz darthun wolle, so wird es Pflicht des Richters, durch Ladungen oder Requisitorialschreiben dafür zu sorgen, daſs diese Zeugen zum Zeugniſsablegen sich stellen, damit dann durch eine zweckmäſsige Vernehmnng derselben, nach vorhergegangener Vereidung, die möglichst glaubwürdige Aussage derselben wirklich erlangt werde. Die Fragen bey den Verhören müssen kurz, deutlich, bestimmt, nur einen Umstand umfassend (a) und bloſs auf Thatsachen gerichtet seyn, und nie darf es der Richter vergessen, daſs die innere Glaubwürdigkeit der Aussagen durch Erforschung der ei-

(a) *Vernünftiger würde es freylich seyn, wenn man auch in Civil-Verfahren nicht jeden Umstand, worüber der Zeuge Auskunft geben soll, demselben vorsagte. Unser förmliches Verfahren erkennt aber diese Wahrheit nicht an.*

gentlichen Vorstellung, welche sich der Zeuge von einer Sache macht und des Grundes der Wissenschaft desselben, aufser Zweifel zu setzen, und durch Ausmittelung aller, jede Begebenheit begleitender, ihr vorausgehender und auf sie folgender Umstände das Ganze in seinem Umfange zu bewahrheiten sey. Da aber der Richter, welchem in dem Civilverfahren der ganze Stoff zu der Untersuchung geliefert werden mufs, nicht wissen kann, über welche für den Beweissatz wichtige Punkte jeder einzelne von mehreren Zeugen etwas aussagen könne, überdem auch denselben *hier* dasjenige, was der Zeuge etwa aussagen *könnte*, nicht interessirt, ausser wenn und in wie ferne der Beweisführer von dieser möglichen Wissenschaft des Zeugen Gebrauch machen will (§. 78), so ist es natürlich, dafs der Beweisführer, um unnöthige Weitläufigkeiten der Verhöre zu entfernen, dem Richter die verschiedenen einzelnen Punkte, worauf es bey seinem Beweise ankomme, angeben und bey der Benennung der Zeugen jedesmal bestimmen müsse, über welche Punkte jeder von diesen Auskunft zu ertheilen im Stande sey (welches man das Directorium nennt).

Hierin liegt der Sachgrund, warum in dem *förmlichen* Verfahren bey uns der Beweisführer selbst die Fragen zu dem Verhöre in *Artikelsform* aufsetzen und der Zeugenbenennung ein Directorium über die Artikel beyfügen muſs, der anderen Parthie hingegen *verstattet* (a) wird, für die Wahrung ihres Interesses bey der Ausmittelung der inneren und äusseren Glaubwürdigkeit und des Grades der Brauchbarkeit der Zeugenaussagen, durch Entwerfung besonderer, hierauf berechneten Fragen zu den Artikeln (*interrogatoria*, *Fragstücke*), thätig zu seyn, wovon unten, bey der Lehre von dem ordentlichen Processe, ausführlicher zu handeln ist.

§. 134.

Beweisrotulus.

Denkt man sich nun einen weitläufigen, durch den Beweis verschiedener einzelnen Punkte, vielleicht auch durch verschiedenartige Beweismittel zusammengesetzten Beweis,

(a) *Nothwendig ist dieſs nie, denn für den Zweck der Interrogatorien thätig zu seyn, gebeut dem Richter schon der negative Theil seiner Amtspflicht. (Vergl. indessen §. 190.)*

so ist es leicht einzusehen, daſs der Ueberblick über das Resultat des geführten Beweises oft den gröſsten Schwierigkeiten ausgesetzt seyn müsse, wenn nicht durch ein Mittel dafür gesorgt wird, daſs in Ansehung jedes einzelnen Punktes sogleich alles, was der geführte Beweis für denselben geliefert hat, übersehen werden könne. Dieser möglichen Verwirrung vorzubeugen, ist Pflicht des Richters, vermöge der negativen Thätigkeit, welche er, auch unaufgefordert, zur Direction des Processes äussern muſs. Diese Pflicht wird erfüllt, indem der Richter für die Verfertigung eines *Rotulus* sorgt, d. h. einer Schrift, in welcher alles, was der geführte Beweis in Ansehung jedes einzelnen Punktes ergeben hat, sogleich unter diesen Punkt zusammengestellt wird. Die Gesetze dringen vorzüglich bey dem Zeugenbeweise auf die Verfertigung eines solchen Rotulus (a), allein, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daſs er hier vorzüglich

(a) *I. R. A. §.* 52.

Von den Eintheilungen des Richteramtes in das ergänzende und ruhende (suppletorium et conquiescens) und der heutzutage unnützen in das mildrichterliche (nobile) und strenge (mercenarium) welcher die unnütze clausula

nützlich ist, so kann er doch auch häufig bey dem Urkundenbeweise sehr viel nützen und bey combinirten Beweisen ist er beynahe unentbehrlich.

§. 135.

III. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters nach geendigten Verhandlungen der Parthieen.

Mit den Beweisführungen schliefsen sich nothwendig die Verhandlungen, denn da durch sie dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit, oder Unwahrheit der behaupteten Thatumstände verschaft seyn mufs, so bedarf es nun nur noch einer Reflexion auf die Identität der in diesen enthaltenen Merkmale mit den Merkmalen der gesetzlichen Voraussetzung, um entscheiden zu können, auf welcher Parthie Seite das von dem Staate zu garantirende Recht seye. Diese Reflexion und die Fällung der *endlichen Entscheidung*, welche aus jener Reflexion resultiren mufs, sind daher nun die nothwendigen Richtungen, welche die Thätigkeit des Richters nehmen mufs. Von der Art und Weise, wie diese Entscheidung ab-

salutaris der Procefsschriften ihren Ursprung dankt.

gefaſst werden muſs, wird im folgenden Abschnitte gehandelt werden. Die gefällte Entscheidung muſs in einem dazu angesetzten Termine den Parthieen eröffnet, und in dem, über diesen Act abzuhaltenden Protocolle Tag, Stunde und Minute der Eröffnung bemerkt werden; denn von dieser Zeit an läuft den Parthieen die zehntägige gesetzliche Nothfrist, binnen welcher sie sich, wenn nicht das Urtheil formales Recht gründend (rechtskräftig) werden soll, erklären müssen, daſs sie eine nochmahlige Prüfung und Entscheidung des entschiedenen Rechtsstreites verlangen (a).

Das Verfahren des Richters in der zweyten Instanz ist übrigens, sobald einmal die Ansetzung der Termine zur Anbringung der Beschwerden über die erste Entscheidung geschehen ist, und diese Beschwerden beygebracht worden sind, von dem in der ersten Instanz nicht verschieden.

§. 136.

(a) *Was hier von der Publication des Endurtheils gesagt worden, gilt natürlicherweise eben so von der Publication jeder, auch interlocutorischen Sentenz, gegen welche die Ergreifung eines Rechtsmittels verstattet wird.*

§. 136.

Fortsetzung. Vollstreckung des Urtheils.

Ist die Entscheidung rechtskräftig geworden, so ist es Pflicht des Richters, wenn die Parthieen derselben nicht freywillig Folge leisten (*Gelebung*), sie, nach vorheriger Androhung (a) der *Hülfe* (Execution) bey versäumtem Gelebungstermine, durch Zwangsmittel zu realisiren, jedoch, weil auch dieses Ausfluſs der positiven richterlichen Thätigkeit ist, nur auf Ansuchen der Parthie, welche die Vollstreckung wünscht. Der Zwangsmittel giebt es mehrerley, z. B. Strafbefehle, Einlegung von Executoren (beydes vorzüglich, wenn bey schuldigen Zahlungen der böse Willen des Schuldners zu überwinden ist), Abnehmung der beweglichen, Einweisung in unbewegliche Sachen, (beydes, wenn die bewegliche oder unbewegliche Sache selbst nach dem Urtheile geleistet werden soll), Auspfändung, Versteigerung der Immobilien, wo die Auspfändung nicht hinreicht, (beydes vorzüglich, wenn Zahlungsunfähigkeit den Grund

(a) *Dieses ist, wenn nicht das Verfahren Nichtigkeiten ausgesetzt seyn soll* (§. 79.), *schlechterdings nothwendig.* Martin *a. a. O.* §. 188.

enthält, warum dem Urtheile nicht gelebt wird), Beschlagnehmung von Ausständen, Zwang zum Abarbeiten, Arrest etc. (a). In Ansehung derselben gilt für den Richter im Allgemeinen die Regel: daſs er von den, der Natur des Falls nach, zweckmäſsigen Mitteln immer dasjenige wähle, welches für den zu Zwingenden am wenigsten drückend ist, bis daſs fortgesetzte Hartnäckigkeit ihn zu Ergreifung dem Grade nach härterer Zwangsmittel nöthige.

Uebrigens flieſst es aus der Natur der Sache, daſs, wenn zwar im Urtheile eine Verbindlichkeit der einen Parthie, aber vor der Hand noch ohne genauere Bestimmung der Quantität derselben (wie bey Proceſskosten, Entschädigungen u. d. gl. häufig der Fall ist) anerkannt ist, die Vollstreckung nicht eher, als nach erfolgter genaueren Bestimmung (Specification, Liquidation) durch die siegende Parthie, verhängt werden könne, in welchem Falle zwar, sobald Zweifel gegen die Richtigkeit der Liquidation erhoben wer-

(a) *Vergl. XLII.* 1. *D. fr.* 15. 31. *Cod. VII.* 53. *etc. vorzüglich* Martin *a. a. O.* §. 184 *u. folg.*

den, auch hierüber ein Verfahren, jedoch nie anders, als ein summarisches, wie über einen Incidentpunkt, verstattet werden muſs.

§. 137.

Anhang. Von Commissionen.

Theils ist es, zumal bey ganzen Collegien, öfters nicht möglich, theils öfters nicht rathsam, daſs derjenige, welcher die Gerichtsbarkeit in einer bestimmten Sache eigentlich hat, in eigener Person dieselbe ausübe. Alsdann ist eine Ursache vorhanden, die Gerichtsbarkeit für diese Sache, oder für einzelne gerichtliche Handlungen in derselben, Anderen zu übertragen, welche alsdann den Namen der Commissarien führen. Dergleichen Commissionen werden in Ansehung einzelner processualischen Handlungen sehr häufig, bald auf Ansuchen einer oder beyder Parthieen (ad instantiam), bald ohne dieses (ex officio) ertheilt, vorzüglich bey Collegien, wo einzelne Mitglieder derselben diesen Auftrag erhalten; allein zu einer ganzen Sache (ad totam causam) kann nie ein Untergericht, wohl aber, wenn aus rechtlichen Gründen das Unterge-

richt seine Gerichtsbarkeit nicht ausüben kann, das Obergericht (a) an dessen Stelle, nie aber an seine eigene, Commissarien ernennen (b).

Selbst die oberste Gewalt im Staate kann, wenn nicht beyde Parthieen es verlangen, nur aus diesen rechtlichen Gründen Commissionen an die Stelle der oberen Gerichte setzen (c).

Für den Commissarius ist sein Auftragsschreiben (commissorium) Legitimation und Norm für seine Handlungen. Eine Ueberschreitung desselben hat Nichtigkeit der vorgenommenen Handlung zur Folge (d); allein es ist nicht Ueberschreitung, wenn der Commissarius dasjenige vornimmt, was als still-

(a) *Rutger Ruland tr. de commissar. et commissionibus etc. Seiler vindiciae potestatis camerae imper. supr. decernendi commissiones ad integram causam. Erl.* 1793.

(b) *Unterschied dieser Gerichtsbarkeit von der mandirten. Unterschied zwischen Commissionen und Deputationen.*

(c) *J. R. A. §.* 108. 109. *W. K. art. XVI. §.* 1. *Gönner Handb. I.* 1. *und die daselbst angef. Es versteht sich, daſs hier von reinen Justizsachen die Rede ist.*

(d) *l.* 29. X. c. 31. 37.

schweigend in dem Auftragsschreiben enthalten betrachtet werden kann. (a) Von der Ausführung seines Auftrags muſs der Commissarius, wenn ihm ein einzelner Act der Gerichtsbarkeit seines Committenten aufgetragen worden, an seinen Committenten Bericht erstatten.

Die auſserordentlichen Kosten der Commission muſs, wenn allein das Gesuch einer Parthie die Ursache der Ertheilung derselben war, diese Parthie tragen, und immer steht es in diesem Falle der andern Parthie, so wie, bey von Amtswegen niedergesetzten Commissionen, jeder Parthie frey, nicht nur, durch Vorstellungen, die Aufhebung der ganzen Commission zu bewirken zu suchen, sondern auch den gewählten Commissarius aus denselben Gründen und auf dieselbe Art sich zu verbitten, wie dieses in Ansehung des Richters selbst geschehen kann und muſs.

(a) *l.* 21. *D. fr.* 5. *§.* 1.

ZWEYTER ABSATZ.

Besondere Regeln für die Entwerfung richterlicher Verfügungen, die beste Art richterlicher Vorträge, und die Abfassung der Berichte.

§. 138.

Einleitung.

Das Resultat des bisherigen ist, daſs, so verschieden auch immerhin die mancherley Richtungen der Thätigkeit des Richters sind, die gewöhnlichste Aeuſserung derselben in zu erlassenden, mittelbar oder unmittelbar auf die Entscheidung der Sache abzielenden Verfügungen bestehe, welche aber in Ansehung ihres Innhalts nothwendig eben so verschieden sind, als die angedeuteten Richtungen der Thätigkeit des Richters. In Ansehung der Art ihrer Entwerfung ist es nicht zu bezweifeln, daſs bey jedem Gerichte, zumal bey Collegien, eine gewisse, durch Observanz zu bestimmende Gleichförmigkeit derselben nothwendig beobachtet werden müsse; allein man darf darum nicht vergessen, daſs durch kei-

ne Observanz den allgemeinen Regeln, welche sich über die Art dieser Entwerfung aus dem Begriffe der Zweckgemäſsheit aufstellen lassen, Abbruch geschehen dürfe, und daſs mithin nur die Wahl unter mehreren *zweckgemäſsen* Arten der Entwerfung durch die Observanz der Gerichte bestimmt werden könne.

§. 139.

Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen.

Der Zweck jeder richterlichen Verfügung ist: daſs etwas ihr gemäſs geschehen solle. Was dieses auch sey und durch wen es geschehen soll, so ist es doch ausser Zweifel, daſs die Verfügung durchaus so entworfen werden müsse, daſs durch sie demjenigen, an welchen sie gerichtet wird, die deutlichste Vorstellung von dem entstehen könne, was durch dieselbe, der Absicht des Richters gemäſs, ausgedruckt werden soll. Die Verfügung sey daher bestimmt, bündig, umfassend und, so ferne es möglich ist, frey von allen einer Wissenschaft eigenen Kunstausdrücken. Diesem gemäſs ist es Pflicht, auch darüber keinen Zweifel zu lassen, zu welcher Sache die Verfügung gehöre; und durch welche Veranlassung sie

entstanden sey, welches am schicklicksten durch die Eingangsworte geschieht. In diesen kann auch der Name des verfügenden Gerichts ausgedruckt werden, wenn dieses nicht, wie fast durchaus bey den bloſsen Decreten, durch die Unterschrift geschieht. Die Zeit der Ausfertigung wird nur bey solchen Verfügungen bemerkt, welche nicht in einem besonderen Termine eröffnet, sondern insinuirt werden.

Ueberhaupt darf nichts von demjenigen fehlen, was dazu gehört, die Rechtmäſsigkeit der Verfügung zu beurtheilen, indessen werden doch die Gründe, welche den Richter zu der Verfügung bewogen haben, in der Regel nicht in derselben ausgedruckt. Nur die Praelocute machen hier, indem sie eine zu bewirkende Verbesserung anempfehlen, eine Ausnahme und auch sonst kann eine kurze Andeutung des Grundes bey Verfügungen, welche dem Anscheine nach nicht Statt finden konnten, in so ferne räthlich seyn, als dadurch öfters auf die leichteste Weise unnöthigen Beschwerdeführungen vorgebeugt werden kann (a). Der Ton in allen

(a) *Daher die Eintheilung der Decrete in einfache und motivirte. — In Urtheilen sollte eine gedrängte Angabe der Gründe, wenn auch*

richterlichen Verfügungen ist übrigens der sanft gebietende (a).

§. 140.

Insbesondere von den Urtheilen.

Vorzüglich haben die eigentlichen Entscheidungen oder Urtheile (sie seyen nun interlocutorische oder endliche) eine, in Ansehung des Eingangs, des Anfangs und des Endes, fast allgemein auf eine ähnliche Art bestimmte Form. Der Eingang nämlich enthält immer die genaue Benennung und Bezeichnung der streitenden Theile, unter welchen mit dem, der das letzte Verfahren veranlaſst hat, der Anfang ge-

nicht, wie in einigen Landen, allen, doch wenigstens den höchsten Gerichten zur Pflicht gemacht werden.

(a) *Rescripte, welche Verfügungen des Oberen an einen Untergebenen sind, welche nicht als Parthie in der Streitsache zu betrachten ist, sind in Ansehung der inneren Form, als Verfügungen, mit den Decreten übereinstimmend; sie unterscheiden sich aber von ihnen dadurch, daſs sie in der Briefform abgefaſst werden. — Neuere Einrichtung des Rescriptsstyls vom Reichshofrathlichen Verfahren entnommen.*

Von den Signaturen.

macht wird (a), worauf durch die Formel: *wird hiermit zu Recht erkannt*, oder (wenn es bey dem Gerichte gewöhnlich ist, den Namen des Gerichtes, welcher bey vielen an das Ende gesetzt wird, in die Einleitung zu setzen): *erkennen wir u. s. w. für Recht*, der Uebergang zu dem einzurückenden Anfange des Urtheils selbst gemacht wird. Der Schluſs ist gewöhnlich bey allen Urtheilen: *von Rechts wegen*, bey interlocutorischen noch: *worauf alsdann weiter ergehet, was Rechtens ist.* Bey vielen Gerichten hat man noch eine Menge, nach Verschiedenheit des Innhaltes zu gebrauchender Urtheilsformeln, indessen wird der denkende Praktiker, wo es ihm möglich ist, suchen, die behaupteten Observanzen immer mehr mit den nothwendigen Regeln des reinen Geschäftsstyls auszusöhnen.

§. 141.

Fortsetzung.

Was die innere Form des Urtheils selbst betrifft, so treten ganz die Bestimmungen des §. 139 ein, ausserdem aber kömmt es,

(a) *Die Benennung der Haupttheile der Acten ist eine unnütze Formalität.*

weil das Urtheil, als umfassend, oft mehrere Puncte berühren muſs, vorzüglich auf die Beobachtung einer guten Ordnung an. Aus der Verbindung, in welcher diese mehreren Punkte unter sich stehen, muſs alsdann die Ordnung, in welcher man die verschiedenen Verfügungen im Urtheile folgen läſst, vorzüglich bestimmt werden. Daraus folgt denn von selbst, daſs man mit den nöthigen Präliminarverfügungen (a) immer den Anfang macht, und mit dem Nebenpunkte der Kosten (bey Endurtheilen) jedesmal beschlieſst. Ausserdem ist es, nach dem Verhältnisse des Urtheils zu der Bitte des Klägers, natürlich, daſs man, wo verdammende mit absolutorischen Erkenntnissen zu verbinden sind, den verdammenden Theil des Erkenntnisses vorausschickt.

Sind hingegen Zwischenurtheile mit endlichen Erkenntnissen zu verbinden, so kömmt es darauf an, ob diese Verbindung über den

(a) *Zu diesen gehört auch gewöhnlich die Entscheidung, ob einer vorherigen durch ein Urtheil bestimmten Auflage Genüge geschehen sey; welches Genügeleisten durch die Worte: so hat es hierbey sein Bewenden, gewöhnlich ausgedrückt wird.*

nämlichen Punct, so dafs die Folgen des Interlocuts das Endurtheil bedingen sollen, erfordert werde, oder ob über den einen Punkt interlocutorisch, über den andern unbedingt endlich zu erkennen sey. — Das erstere darf in der Regel nicht vorkommen, ausgenommen 1.) bey Erkenntnissen auf den Erfüllungs- und Reinigungseid, wo das Interlocut immer voraus gehet, und 2.) bey *nachzulassenden* Beweisen (a), wo das Beweisinterlocut immer durch die Formel: *es könnte und wollte denn NN.* — — *beweisen, welchenfalls der Hauptsache und Kosten wegen weiter ergienge, was Rechtens* — dem endlichen Erkenntnisse angehängt wird.

Ist dagegen das leztere, so läfst sich keine erschöpfende Regel geben, obgleich wenn die Verbindung der einzelnen Punkte unter sich keine Bestimmung an die Hand giebt, es am schicklichsten seyn mag, das Interlocut dem

(a) *Nachgelassene Beweise dürfen aber eigentlich nur vorkommen 1.) in Hinsicht der Einreden, wenn Beweis der Klage geführt worden, 2.) in Hinsicht der Klage, wenn der Kläger vergeblich anticipirte Beweise zu führen versucht hat, wo alsdann besserer Beweis nachzulassen ist.*

condemnatorischen Theile der Sentenz nachfolgen, dem absolutorischen aber vorausgehen zu lassen, wo dann in dem ersteren Falle den Endworten des Interlocuts das Wörtchen *diesfalls* beygesetzt zu werden pflegt.

Die Fassung des Urtheils in eine Periode kann nur bey einfachen, aber nicht wohl bey zusammengesetzten Urtheilen empfohlen werden.

§. 142.

Relationen, Berichte.

Sobald das Gericht ein Collegium ist, so wäre es theils unmöglich, theils zeitverderbend und unzweckmäſsig, wenn jedes Mitglied des Collegiums alle Acten in allen Sachen selbst lesen, oder sie doch sich insgesammt vorlesen lassen sollte; dennoch kann nur durch die gesammten Stimmen aller, das Collegium bildenden Individuen eine Verfügung und Entscheidung des *Collegiums* zu Stande kommen; es ist daher nothwendig, daſs einer, oder einige der Mitglieder des Collegiums dazu bestellt werden, die Acten genau durchzulesen und über die zu treffende Verfügung oder Entscheidung nachzudenken, um alsdann, durch einen hierüber zu

haltenden, mündlichen oder schriftlichen Vortrag, die übrigen Mitglieder ohne großsen Zeitverlust von allem, was für die gegenwärtig zu treffende Verfügung Erwägung verdient, zu unterrichten. Solche Vorträge eines Mitgliedes des Collegiums an seine Collegen nennt man *Relationen* (nebst *Gutachten*) (relationes cum voto), das vortragende Mitglied den *Referenten* und das Mitglied, welches zu derselben Arbeit bestimmt wird, um bey dem Vortrage die Controlle zu führen, den *Coreferenten* (a).

Eine ähnliche Arbeit macht die, bey der Unterordnung der Gerichte nothwendige Erhaltung der Verbindung der Untergerichte mit den oberen, so wie der zwischen Committenten und Commissarien zu unterhaltende Zusammenhang nothwendig, indem in dem ersteren Falle es häufig nicht minder nothwendig ist, daſs das obere Gericht von dem unteren Nachricht über den eigentlichen Zustand einer bestimmten Sache verlange, als es in dem letzteren Falle nothwendig ist, daſs der Commissair von dem Ausgange des ihm übertragenen Geschäftes den Committenten benachrichtige. Eine solche Be-

(a) *Nur bey wichtigeren Sachen wird ein solcher bestellt. Seine Arbeit hat übrigens nichts besonderes.*

nachrichtigung von der Existenz, oder Darstellung der Beschaffenheit irgend eines Gegenstandes von einem Unteren an einen Höheren entworfen, nennt man einen *Bericht*, welcher wohl auf Verlangen des Oberen ein *gutachtlicher* seyn *kann*, aber dieses nicht seiner Natur nach seyn muſs.

§. 143.

Von Relationen. Bestandtheile und Haupteigenschaften derselben.

Die Bestandtheile jeder Relation fliessen aus dem, durch den Zweck dieser Arbeit bestimmten Begriffe derselben (§. 142.). Jede Relation soll nämlich 1.) die Mitglieder des Gerichts von dem, was bisher geschehen sey, zwar in der möglichsten Kürze, aber doch vollständig unterrichten, und dann 2.) die Entscheidung des Gerichts, durch Vorlegung der auf Gründe gestützten Meinung des Referenten von dem, was nun in der Sache geschehen müsse, erleichtern. *Der* Theil der Relation, welcher den ersteren Zweck zu erreichen hat, kann daher mit Recht den Namen des *historischen*, oder, weil er nur als Einleitung zu dem folgenden dient, des *präparatorischen*; derjenige Theil hingegen

gen, welcher die Erleichterung des letzteren Zweckes zu seinem Gegenstande hat, den Namen des *dogmatischen* oder *entscheidenden* führen.

Der historische Theil wird dann gewifs die nothwendige Vollkommenheit erreichen, wenn der Referent bey der Arbeit nicht vergifst, dafs durch ihn die Mitglieder des Collegs von dem bisher geschehenen, in so ferne von diesem die künftig zu ergreifenden Maasregeln wirklich, oder der Meinung der streitenden Theile nach, abhängen, so genau unterrichtet werden sollen, als ob sie selbst die Acten gelesen hätten. Der historische Theil mufs daher so gearbeitet seyn, dafs beyde Parthieen, wenn sie gegenwärtig wären, mit demselben eben so zufrieden seyn müfsten, als sie es mit den ganzen Acten seyn müssen. Der dogmatische Theil mufs keinem gegründeten Zweifel Raum lassen, und mithin moralische Ueberzeugung abnöthigen.

§. 144.

Der historische Theil. Nähere Bestandtheile desselben.

Durch den historischen Theil der Relation soll dem Gerichte eine getreue Darstellung alles des-

desjenigen, was bisher in einer bestimmten Streitsache geschehen ist, geliefert werden, in so ferne dasselbe für dasjenige, was izt in derselben geschehen soll, als Einleitung betrachtet werden kann. Zu diesem bisher Geschehenen gehört nun 1.) der Gang der bisherigen Verhandlungen (*Proceſsgeschichte*) 2.) sobald es auf Sachbeurtheilung ankömmt, der Innhalt der Verhandlungen (*extractus actorum im weiteren Sinne*), Hierbey werden denn wieder *theils* die *unbestrittenen* Thatsachen, welche der Klage vorausgiengen (*species facti*) (*Geschichtserzählung*), dargestellt, *theils* das übrige, was die Acten als Gegenstand der Beurtheilung liefern (*Actenextract im engern Sinne*), erzählt werden müssen.

Hieraus ergeben sich die einzelnen Abtheilungen des historischen Theiles der Relation, von welchen jedoch, ihrem Zwecke und der chronologischen Ordnung nach, die Geschichtserzählung nothwendig die erste Stelle einnimmt.

§. 145.

a.) *Eigentliche Geschichtserzählung.*

Der Stoff der Geschichtserzählung besteht in allen *unbestritten* gewissen Thatsachen, wel-

che dem Anfange des gerichtlichen Streites voraus giengen. Mögen diese Thatsachen durch die ersten, oder durch die letzten Vorträge der Parthieen, oder selbst durch die geführten Beweise zur Actenmäſsigen Wissenschaft des Richters gekommen seyn, alles dieſs ist vollkommen einerley, sobald nur dieselben wirklich von den streitenden Theilen als *nun* unbestritten vorausgesetzt werden. Dagegen gehört keine, wenn auch nach des Referenten Ueberzeugung noch so unzweifelhaft und auf das vollständigste bewiesene Thatsache in die *Getchichtserzählung*, sobald nur eine Parthie dieselbe nicht (sey es auch ohne allen Grund) eben so betrachtet, denn nie darf der Referent sein Urtheil, welches er als Resultat in dem dogmatischen Theile der Relation vortragen muſs, durch Einwebung desselben in die Geschichtserzählung, seinen Collegen mittelbar aufzwingen.

Der Zweck dieser Arbeit erfordert übrigens Deutlichkeit und Ausführlichkeit, aber keine Weitläufigkeit, strenge chronologische Ordnung, aber keineswegs unnütze Anhäufung überflüssiger Zeitangaben *in dem Texte* (a); endlich

(a) *In den Marginalien können alle enthalten seyn.*

einen kalten und bestimmten Vortrag, weswegen Vermeidung des künstlichen Periodenbaus (jedoch ohne darum die juristische Einheit des Geschäfts durch Vervielfältigung der Sätze in der Darstellung aus den Augen zu verlieren,) und Gebrauch des positiven Styls sehr zu empfehlen sind. Den Schluſs der Geschichtserzählung macht jedesmal die Darstellung des Punktes, worüber der Streit angegangen ist.

§. 146.

b.) *Proceſsgeschichte.*

Die Proceſsgeschichte, welche sich an die eigentliche Geschichtserzählung anknüpft, ist die Darstellung des Gangs der bisherigen Verhandlungen. *Als solche* enthält sie mithin keineswegs eine Anführung des Innhaltes der Verhandlungen der Parthieen, sondern nur eine Erzählung, daſs diese Verhandlungen erfolgt seyen; wohl aber gehört in sie eine Anführung der Bitten der Parthieen und des Innhaltes der gerichtlichen Verfügungen und Entscheidungen, weil durch diese der fernere Gang der Verhandlungen jedesmal bestimmt wird. Ueberhaupt ist hierbey zu bemerken, 1.) daſs, ohnerachtet

die Procefsgeschichte ein nothwendiges Stück der Relation sey, dennoch, wegen der innigen Verbindung zwischen dem Gange der Verhandlungen und dem Innhalte derselben, eine reelle Trennung derselben von dem Actenextracte nur dann nothwendig sey, wenn a.) in dem Extracte mehrere Punkte abgesondert werden müssen, wo alsdann der Lauf des Processes weder bey dem einen, noch bey dem andern ausschliessend vorgetragen werden könnte, oder wenn b.) der Procefs aus mehreren Verfahren und Urtheilen besteht, wo alsdann die Procefsgeschichte, indem sie mit den Urtheilen das Resultat eines ganzen geendigten Verfahrens liefert, den Actenextract, der alsdann gewöhnlich nur von dem neuesten Verfahren nothwendig bleibt, aufserordentlich abkürzt, oder wenn endlich c.) wegen der Weitläufigkeit der Verhandlungen und der Schwierigkeit einer richtigen Auffassung ihres Innhaltes, die *chronologische Folge* in der Darstellung der Behauptungen der Parthieen und der Beweise, keine deutliche Einsicht in den Gegenstand der Beurtheilung des Gerichtes gewährt. 2.) Dafs die Darstellung des Laufs des Processes nur in so ferne einen Platz finde, als durch dieselbe wirklich eine Einleitung zu dem Gegenstand der Beurtheilung der Relation geliefert wird, dafs sie mithin so oft, als sie nur

zur Erhaltung des Zusammenhangs des Ganzen gebraucht werden kann, ganz abgekürzt, und mit Uebergehung aller processualischen bloſsen Decrete und abgefertigten Sachen gearbeitet werden müsse.

§. 147.

c) *Actenextract.*

Der Actenextract wird geliefert, indem der Referent den wesentlichen (a), in den bisherigen Theilen der Relation noch nicht dargestellten Innhalt der Actenstücke, mit der gröſsten Bündigkeit, vorträgt, in so ferne nämlich dieser Innhalt für die Prüfung der vorzutragenden Entscheidung präjudiciell ist, oder doch von einem der streitenden Theile aus diesem Gesichtspunkte betrachtet wird. Nicht also der Innhalt längst befolgter Verfügungen und Auflagen, nicht längst beseitigte Punkte, nicht Wiederholungen und Declamationen der Schriftenverfasser sind ein Gegenstand dieser Arbeit; sondern gerade umgekehrt ist es der einzig vernünftige Zweck derselben, den Mitgliedern des

(a) *Hiermit soll aber nicht geläugnet werden, daſs, zumal bey dem Extracte des Beweisverfahrens, nicht häufig die Anführung der eigenen in den Acten enthaltenen Worte nothwendig sey.*

Collegiums, durch Uebergehung alles Ueberflüssigen und Unnöthigen, sogleich den, zur Prüfung und Entscheidung der Sache, zu berücksichtigenden Innhalt der Acten bekannt zu machen, welchen sie sich sonst selbst mit Mühe aus dem Schwalle unnöthiger, in den Acten enthaltenen Ausführungen hätten hervorsuchen müssen.

Nie darf daher diese Arbeit bloſse Handarbeit seyn, sie kann aber selbst anziehende Kopfarbeit werden, wenn man da, wo es das Gesetz der Deutlichkeit verlangt, *künstlich* extrahirt. — Man versteht unter künstlichen Extracten, 1.) wenn zwar die zu extrahirende Actenstücke nach ihrer chronologischen Ordnung, der Innhalt jedes einzelnen Stücks aber in der, den Gesetzen einer richtigen Gedankenverbindung entsprechenden Form dargestellt werden, — vorzüglich aber nennt man 2.) künstliche Extracte, wenn der Innhalt sämmtlicher Actenstücke, ohne Rücksicht auf die *Zeitfolge* der einzelnen Vorträge, in einem, für die höchste Deutlichkeit geordneten Systeme vorgetragen wird.

Die erstere Art künstlicher Extracte muſs immer gebraucht werden, sobald ein zu extrahirendes Actenstück nicht vollkommen richtig

geordnet erscheint. Die zweyte dagegen kann nur dann angewendet werden, wenn der Actenextract, abgesondert von der Procefsgeschichte, vorgetragen werden mufs (§. 146). Ausführungen der Parthieen über rechtliche Controversen werden am besten im Extracte nur angedeutet und erst im Gutachten dargestellt.

Da man übrigens in dem Extracte Dritte reden läfst, so ist es die *relative* Schreibart, in welcher diese Arbeit gefertigt werden mufs.

§. 148.

2) *Der dogmatische Theil.*

Nach geendigtem Vortrage des, bisher in der Sache geschehenen, geht der Referent zu dem dogmatischen Theile seiner Arbeit über, in welchem er seine Meinung über das, was nun von dem Gerichte geschehen müsse (votum), vorträgt und durch Gründe die Richtigkeit derselben ausser Zweifel setzt. Sobald die gründliche Einsicht in die Richtigkeit dieser vorzutragenden Meinung dadurch gewinnen kann, dafs man sie, wo dieses geschehen kann, als das Resultat der Beantwortung mehrerer für die Entscheidung wichtiger Fragen darstellt, so mufs der Referent dieses nicht versäumen. Die hier wichtigen Fragen müssen sich ihm, sobald

der Actenextract richtig gefertigt ist, ganz natürlich darbieten, ihre Aufstellung bewirkt dann die Verbinduag des historischen Theils mit dem dogmatischen, und, nachdem jede einzelne gründlich beantwortet ist (Specialvota), bilden die Resultate dieser Beantwortungen, ohne weitere Begründung, das allgemeine Gutachten (Generalvotum) des Referenten.

§. 149.

Entscheidungs - Zweifelsgründe.

Um bey den übrigen Mitgliedern des Gerichts, welchen der Vortrag geschieht, volle Ueberzeugung zu bewirken, muſs der Referent, durch die Anführung fester Gründe, suchen, sein Gutachten allen Zweifeln zu entrücken (a). Dieses kann nun offenbar nicht besser geschehen, als wenn der Votant zuerst in einer natürlichen Ordnung diejenigen Gründe, auf welchen seine Meinung *unmittelbar* beruht, als die Prämissen, woraus seine Behauptung wie ein nothwendiger Schluſs folge, (welches man die *Entscheidungsgründe* nennt) darlegt, und dann diejenigen Gründe, aus welchen Zweifel gegen die Richtigkeit der Prämissen oder die Bündigkeit des Schlusses ſtieſsen (*Zweifelsgrün-*

(a) *Bey kleineren Vorträgen zur Direction des Processes bedarf es oft gar keiner Gründe.*

de), bemerkt und sogleich gründlich widerlegt. Durch die Beobachtung dieser Methode wird nicht nur das Heer der Zweifelsgründe, da eine erwiesene Wahrheit den Schein von selbst entkräftet, ungemein vermindert werden, sondern es wird auch gewiſs, sobald nur die Gründe, nach ihrem natürlichen Zusammenhange, (allenfalls unter fortlaufenden Nummern) geordnet sind, die bezweckte Ueberzeugung des Gerichts weit leichter erreicht werden, als durch die, bey der Abfassung förmlicher Urtheilsgründe bisher leider noch immer beobachtete Methode, nach welcher, selbst bey den weitläufigsten und verwickelsten Sachen, alle Gründe, und zwar mit Vorausschickung der gegen die Entscheidung gerichteten, in eine unmäsig lange, nur durch barbarische Flickworte, auf eine höchst unnatürliche Weise, zusammengezwängte Periode gebracht werden müssen. Gewöhnlich, aber nicht nothwendig, wird der dogmatische Theil der Relation mit einem Entwurfe zu dem förmlichen Urtheile, welches dann die Stelle des Generalvotums einnimmt, geschlossen.

§. 150.

Hülfsmittel zur Verfertigung guter Relationen. Vom zweckgemäfsen Lesen der Acten.

Bey weitläufigen und verwickelten Sachen ist die Arbeit des Referenten oft nicht wenig mühsam und sauer, wenn er nicht mit den Erleichterungsmitteln derselben bekannt ist. Zu diesen gehört vor allen Dingen ein zweckgemäfses Lesen der Acten, als der einzigen Quelle, aus welcher der Stoff, wenigstens für den historischen Theil der Relation, abgeleitet werdem mufs. Da nämlich nicht alles, was in den Acten enthalten ist, in den historischen Theil der Relation übergetragen werden darf, so ist es dem Referenten gewifs nicht unwichtig, wenn er gleich, indem er die Acten Blatt für Blatt durchliest, schon mit dem Zwecke bekannt ist, auf welchen er alles, in den Acten enthaltene beziehen mufs, um beurtheilen zu können: ob dasselbe für seine Arbeit von Nutzen sey, oder ob er es unbeachtet könne liegen lassen. Zu diesem Ende mufs dem *speciellen Lesen* der Acten ein sogenanntes *cursorisches Lesen*, oder *Durchlaufen* derselben vorausgehen, welches keine andere Absicht hat, als sich von dem, worauf es bey der itzigen Lage der Sachen ankomme, zu unterrichten. Die Durchlesung

des Generalprotocolls und der Rubricken ist hier gewöhnlich dasjenige, was einen sogleich zu seinem Zwecke führt, ausserdem ist es anzurathen, die Actenstücke von hinten nach vornen (a) zu durchgehen, weil die ersteren leicht mit völlig beseitigten Punkten angefüllt seyn können, welche dann die Aufmerksamkeit nur ohne Noth fesseln würden. Aus demselben Grunde kann es als rathsam betrachtet werden, der Lectüre der, in den Acten vorkommenden Erkenntnisse eine vorzüglihe Aufmerksamkeit zu widmen.

§. 151.

Fortsetzung. Von Privatextracten.

Bey dem speciellen Lesen der Acten, welches mit der gröſsten Genauigkeit und Gewissenhaftigkeit vorgenommen werden muſs, fertigt sich der Referent am besten, durch die §. 104. angegebene Excerpirmethode, zugleich seinen Privatextract, wobey ihm aber anzurathen ist, daſs er in denselben lieber zu viel, als zu wenig übertrage. Auſserdem kann manchmal die Fertigung von Stammtafeln, (§. 114.) die dann der Relation selbst, um den Gerichtsmitgliedern eine deutliche Uebersicht zu gewähren,

(a) *Daher die Benennung hebräische Lectüre.*

vorausgesetzt werden, zu den nützlichen Vorarbeiten des Referenten gehören.

§. 152.

Fortsetzung. Separationsmethode.

Vorzüglich aber erleichtert sich der Referent seine Arbeit durch den zweckmäſsigen Gebrauch der sogenannten Separationsmethode. Sobald nämlich mehrere, von einander ganz verschiedene Gegenstände in Frage stehen und über dieselben erkannt werden muſs, so ist es eine unablässige Forderung des Gesetzes der Deutlichkeit, daſs der Referent für jeden solchen Gegenstand einen besonderen Vortrag bestimme und also, wenn die Geschichtserzählung und Proceſsgeschichte auch allen gemeinschaftlich seyn sollte, doch wenigstens von dem Actenextracte an so viele abgesonderte vollständige Relationen entwerfe, als abzusondernde Punkte vorhanden sind. Welche Punkte dieses seyen, wird derjenige sich leicht anzugeben im Stande seyn, der es nicht vergiſst, daſs die Absonderung ein bloſses Beförderungsmittel der Deutlichkeit sey, daſs mithin nur da und nur in so ferne abgesondert werden dürfe, wo und in wie ferne der Zweck der Relation, jedem Mitgliede eine solche deutliche Einsicht in die Sache zu verschaffen, als ob es die Acten selbst

studirt hätte, dadurch befördert werden kann. Relationen in Rechnungs- und Concurssachen geben freylich die auffallendsten Beweise von der Nützlichkeit dieser Methode, allein auch in andern Fällen wird gewiſs die Absonderung des Vortrags über die Form des Verfahrens, die Absonderung der verschiedenen Klagepunkte (also auch vorzüglich der Widerklage), der verschiedenen Einreden (a), der Nebenpunkte, der Streitigkeiten über die Zulässigkeit jedes einzelnen Beweismittels und dann über die Kraft des geführten Beweises u. s. w. ihren vielfältigen Nutzen bewähren.

§. 153.

Aeuſsere Form der Relationen.

Um die äuſsere Form, welche man gewöhnlich, auf eine ziemlich zweckmäſsige Art, den Relationen zu ertheilen pflegt, nicht zu vernachlässigen, hat man sich die Beobachtung folgender Regeln angelegen seyn zu lassen:

1.) Man schreibt in zur Hälfte gebrochenes Folioformat.

2.) Zu Ende unterzeichnet der Referent seinen Namen, nebst Bemerkung des Datums.

(a) *Dieses jedoch nicht ohne Ausnahme.*

Gewöhnlich setzt er auch dem Generalvotum die Worte: salvo meliori (S. M.) bey.

3.) Der breite Rand wird zu dreyerley Marginalien benutzt. a) Am äufsersten Ende desselben werden die Zeitbestimmungen aller in dem Texte angeführten Begebenheiten bemerkt. b) In der Mitte werden die Theile der Relation angegeben, und oben auf jedem Blatte fortgeführt. c) Am innersten Ende des Randes wird der Ort, wo das in dem Texte Angeführte sich in den Acten befindet, bezeichnet, ausgenommen bey dem Gutachten, wo diese Bezeichnung in den Text selbst aufgenommen wird.

4.) Die Relation selbst wird paginirt und geheftet,

5.) und endlich das Ganze mit einem Umschlagsbogen versehen, auf welchen a) oben die Sache, aus welcher referirt wird, bezeichnet, b) unten mit möglichster Kürze, zur Richtung der Aufmerksamkeit der Leser, angegeben wird, worauf es bey dieser Sache ankomme. Dieses darf auch bey dem mündlichen Vortrage, aus dem angeführten Grunde, nicht vergessen werden (a).

(a) *Vorzüglich gute Bemerkungen über die Abfassung der Relationen sind in zweyen der neu-*

§. 154.

Von Berichten.

Da die Berichte, nach §. 142., denselben Hauptzweck haben, wie der geschichtliche Theil der Relation, so ist es natürlich, daſs, sobald sie aus Acten gefertigt werden, die oben angegebenen, auf den Zweck der Relationen berechneten Regeln zur Verfertigung des historischen Theils der Relation, auch bey ihnen von Anwendung seyn; wenn sie hingegen nicht aus Acten gefertigt werden, doch wenigstens die allgemeinen Regeln von der Abfassung einer Geschichtserzählung auch auf sie bezogen werden müssen. Bey gutachtlichen Berichten wird sogar auch von den Regeln, welche von dem dogmatischen Theile der Relation gegeben wurden, hier Gebrauch gemacht werden müssen, und es kann keinem Zweifel unterworfen seyn, daſs die Separationsmethode bey Berichten aus denselben Gründen ihren groſsen Nutzen bethätigen werde, aus welchen dieser bey den Relationen behauptet werden konnte (a).

esten Schriften hierüber enthalten, nämlich in Gönners Anleitung zur jur. Prax. und Pütter über die beste Art aus Acten zu referiren.

(a) *Bey Berichten, welche die Rechtfertigung einer bestimmten Handlung des Berichterstatters zum*

Was hingegen die Einkleidung des Vortrags betrifft, so äussert sich zwischen Relationen und Berichten, weil jene an Collegen gerichtet sind, diese aber von dem Unteren an den Vorgesetzten eingeschickt werden müssen, ein wichtiger Unterschied. Alle Berichte nämlich müssen als Briefe abgefaſst, mithin nicht nur mit der gewöhnlichen Titulatur, Courtoisie und Unterschrift; sondern auch mit einem zweckgemäſsen Eingange, (welcher gewöhnlich die Veranlassung des Berichtes enthält) und einem, nach den Umständen der Sache eingerichteten Schlusse, (in welchem gewöhnlich um Verhaltungsregeln gebeten, oder alles höherem Ermessen anheim gestellt wird) versehen werden. Ausser diesem erfordert es das Verhältniſs, in welchem der Berichtserstatter zu dem Oberen steht, daſs er in dem Gutachten nicht die entscheidende Sprache führe, welche sich der Referent ohne Anstand erlauben kann.

Die summarische Anzeige der Hauptgegenstände des Berichts muſs auch bey dieser Arbeit, zur

Zwecke haben, werden die Regeln von der Ausführung in Deductionsschriften — Anwendung finden.

zur Richtung der Aufmerksamkeit der Leser, eben so empfohlen werden, wie bey den Relationen. Ob aber diese Anzeige auf dem ersten Blatte, vor dem Anfange des Berichts, oder ob sie auf der äufsersten Seite des zusammengelegten Berichts ihren Platz finden solle, ist gleichgültig, und kann daher nur durch Observanz bestimmt werden.

Zweyter Abschnitt.

Von der Art und Weise des Verfahrens der übrigen Gerichtspersonen.

§. 155.

Arbeiten der Subalternen.

Die vorzüglicheren Arbeiten der Subalternen der Gerichte, welche hier einer Erwähnung würdig sind, bestehen in der Vorbereitung, Auszeichnung und Ausfertigung der Geschäfte (§. 27). Was indessen die Ausfertigungen betrifft, so bedarf es hier keiner besonderen Regeln mehr, indem bey denselben durchaus die Regeln von der nothwendigen äufsern Form der Geschäfte die entscheidenden sind und dasjenige, was über die Art des Signirens, des Contrasignirens, Unterzeichnens und der Besiegelung zu bemerken wäre, durchaus ein Gegenstand der Observanzmäfsigen Bestimmung der einzelnen Gerichte ist, da im Allgemeinen diese Handlungen nur als Mittel zur Herstellung der Glaubwürdigkeit

und Gültigkeit der Ausfertigungen betrachtet werden können, oder durch die Gesetze der nothwendigen äuſseren Würde der gerichtlichen Handlungen näher bestimmt werden, wo aber wieder beynahe Alles von dem Conventionellen und den Gerichtsobservanzen abhängt.

Die vorbereitenden richterlichen Geschäfte, welche mitunter Subalternen des Gerichts übertragen werden können, (§. 137) sind hier gleichfalls kein Gegenstand unsrer näheren Betrachtung, indem hier für sie dieselben Regeln entscheiden müssen, nach welchen der Richter selbst seine Handlungen zu instruiren hat.

In so ferne hingegen einige der Subalternen zur Aufzeichnung gerichtlicher Geschäfte gebraucht werden, (wie die Secretärs, Notarien, Actuarien) wodurch die unter dem Namen der *Protocolle* bekannte Arbeit entsteht; sind die Regeln, nach welchen hier verfahren werden muſs, allerdings ein wichtiger Gegenstand unserer Abhandlung.

§. 152.

Von gerichtlichen Protocollen.

Man versteht unter *gerichtlichen Protocollen* schriftliche Erzählungen vorgefallener Handlungen, welche von hierzu beglaubigten gerichtlichen Personen, sogleich bey dem Vorgange der Handlung, aufgesetzt worden sind, um eine glaubwürdige Nachricht von derselben bey den Acten zu haben (a). Die Regeln für die Abfassung derselben, so wie sie, auf eine ziemlich zweckgemäſse Art, durch eine fast durchaus gleichförmige Gewohnheit bestimmt sind, sind ohngefähr folgende: 1.) Alle Protocolle werden, wie Concepte, in gebrochenem Folioformate geschrieben (b).

2.) Auf der linken Seite oben werden die gegenwärtigen Gerichtspersonen von dem Protocollisten bemerkt.

3.) Auf der rechten Seite oben wird mit der Ueberschrift des Orts und Datums (bey welchen Angaben, sobald etwas darauf an-

(a) *Von dem Unterschiede zwischen Protocoll und Registratur.*

(b) *Bey verschiedenen Gerichten werden auch die Protocolle in die Breite geschrieben.*

kommen kann, die genaueste Bestimmtheit beobachtet werden muſs) angefangen, mit Vorausschickung des Wortes: *Geschehen* (Actum), um darauf aufmerksam zu machen, daſs etwas erzählt werden soll.

4.) Unmittelbar unter dieser Ueberschrift kömmt die Erzählung selbst, bey welcher, nach der natürlichen Ordnung, vor allen Dingen mit der Veranlassung derselben der Eingang gemacht (a), und alsdann, nach den Regeln einer gut eingerichteten Geschichtserzählung, in strenger chronologischer Ordnung (b), und mit Beobachtung des Unterschiedes zwischen der selbst zeugenden und der, auf andrer Glauben erzählenden Schreibart, bis zu Ende fortgefahren wird.

5.) Bey protocollarischen Aufsätzen über mündliche Vorträge vor dem Gerichte erschienener Personen wird am Ende bemerkt, daſs

(a) *Wenn der Vortrag vor Gericht erschienener Personen protocollirt wird, so endigt sich der Eingang am besten mit den Worten: und brachten vor, worauf das Vorgebrachte selbst eingerückt wird.*

(b) *Von den Hülfsmiteln, um ungeordnete Vorträge geordnet zu protocolliren.*

der Aufsatz dem Erschienenen wieder vorgelesen und von ihm genehmigt worden seye. Sollte dieser hier Abänderungen seines Vortrags machen, so müssen diese bey dieser Stelle bemerkt und darum nicht in dem Protocolle ausgestrichen oder geändert werden. Die eigenen Worte dessen, von welchem ein Vortrag zu Protocoll genommen wird, brauchen nur dann aufgezeichnet zu werden, wenn gerade auf diese Worte etwas ankommen kann.

6.) Der Schluſs ist immer: So geschehen, wie oben (actum ut supra), um anzuzeigen, daſs das Protocoll wirklich geendigt und nicht zu verschiedenen Zeiten fortgesetzt worden sey, indem bey jeder Fortsetzung immer wieder eine neue Zeit- und Ortsangabe, nun mit Vorausschickung des Wortes: *Fortgesetzt* (continuatum) vorangesetzt werden muſs.

7.) Das Ganze wird von dem Protocollisten, unter Voraussetzung der Worte: zur Beglaubigung (in fidem), unterschrieben.

DRITTE ABTHEILUNG.

Von einigen besondern ausserordentlichen processualischen Handlungen, welche auf keine bestimmte Processart eingeschraenkt sind, und in keiner eine nothwendige Stelle in der Ordnung erhalten haben.

§. 157.

Sicherheitsleistungen.

Da nicht selten, wegen mangelnder Sicherheit, die Parthieen gegründete Besorgnisse haben können, ob ihre Gegner, oder diejenigen, welche für diese handeln wollen, die ihnen, während der gerichtlichen Verhandlung der Sache und durch dieselbe obliegenden Verbindlichkeiten erfüllen werden, so gehört es, weil sonst leicht die gerichtlichen Verhandlungen als Befriedigungsmittel der Chicanensucht misbraucht werden könnten, zu den Rechten der Parthieen, in diesen Fällen Si-

cherheitsleistungen zu verlangen, und zu den Pflichten des Richters, dafür Sorge zu tragen, daſs diese rechtlich verlangte Sicherheit wirklich geleistet werde.

Durch die Eigenthümlichkeiten der Gegenstände, über welche verhandelt wird, können mehrere Fälle begründet werden, in welchen die eine Parthie gegründete Besorgnisse über die Erfüllung der Verbindlichkeiten der anderen haben kann; alsdann hat ohne Zweifel jene Parthie, sobald diese Besorgnisse entstehen, ein Recht, durch eine Vorstellung von dem Richter zu verlangen, daſs er zur Bestellung dieser Sicherheit die Gegenparthie anhalte; diese Fälle selbst aber können hier unmöglich bestimmt werden. Dagegen giebt es Fälle, in welchen unter bestimmten Bedingungen unsre Gesetze das Recht, Sicherheit zu fordern, anerkannt haben, ganz davon abgesehen, über welchen Gegenstand gerichtlich verhandelt werde, und diese Fälle sind es, welche hier aufgezählt werden müssen.

So muſs I) der *Kläger* Sicherheit leisten 1) daſs er die Kosten, wenn er in dieselben verdammt werden würde, ersetzen (cautio de

expensis) 2) dafs er in Fällen, wo durch die, erst nach Beendigung der Vorklage anzustellende Wiederklage eine Prorogation der Gerichtsbarkeit geschehen soll, sich vor dem zu prorogirenden Gerichte einlassen wolle (cautio pro reconventione); 3) dafs er den Procefs, in Ansehung dessen der Beklagte schon einmal, wegen des Ungehorsams des Klägers, von dem gerichtlichen Verfahren befreit worden war, bis zu Ende fortsetzen wolle (cautio de lite prosequenda). (a) II) Der *Beklagte* mufs Sicherheit leisten 1) dafs er sich vor dem Gerichte auf die Ladungen gehörig stellen wolle, wenn nämlich, weil der Richter ein prorogirter ist, oder weil der Beklagte seinen Aufenthaltsort ändert, sich das Gegentheil befürchten liefse (cautio de judicio sisti) 2) dafs er die ihm in den Erkenntnissen zuerkannten Verbindlichkeiten erfüllen werde, sobald nämlich ein besonderer Grund zu gegentheiligen Besorgnissen eintritt (cautio iudi-

(a) *Die Cautionen, welche das Justin. Recht dem Kläger auflegt.* (*Nov.* 96. *c.* 1. *Nov.* 112. *c.* 2.) *werden, wegen der veränderten Gerichtsorganisation und Verfahrungsart, nicht mehr bey uns gefordert und zugestanden, vergl. Glück Erl. der Pand. §.* 245.

catum solvi). (a) III) Die *Sachwalter* müssen, sobald sie sich nicht durch eine hinlängliche Vollmacht legitimiren können, Sicherheit wegen der Genehmigung leisten (cautio rati) (b).

Diese Sicherheitsleistungen verlangt der Richter nie von Amtswegen, die von den Sachwaltern zu leistende ausgenommen (§. 62), von dem Beklagten aber wird angenommen, daſs er dem Kläger traue, wenn er die, schon damals begründeten Sicherheitsforderungen nicht vor der Einlassung auf die Klage verlangt (c). Wenn die angeführten Sicherheitsleistungen verlangt werden, so ist es Pflicht des Richters, über den hinlänglichen Grund derselben zu urtheilen. Ein solcher ist nun offenbar alsdann nicht vorhanden, wenn der, von welchem die Sicherheitsleistung verlangt wird, unter dem Gerichtszwange dieses Richters (d)

(a) *Vergl. Tit. I. de Satisd.*

(b) *Von der cautio iudicatum solvi, welche nach römischen Gesetzen mitunter dem Sachwalter oblag, kann, nach meiner Ueberzeugung, kein Gebrauch gemacht werden, weil sie sich auf die Vorstellung von dem Eigenthume des Rechtsstreites gründet.*

(c) *I. R. A. §. 37.*

(d) *Andre halten den Besitz in demselben Lande für genügend.*

Güter besitzt, an welchen man sich hinlänglich erholen kann, und welche, wenigstens nicht ohne Aufsehen, weggebracht werden können (a). Ob dasselbe auch von dinglichen Ansprüchen auf dergleichen Güter, vermöge Eigenthums oder Erbrechts, von possessorischen Klagen in Ansehung derselben und von fixen Besoldungen gelte, ist sehr bestritten (b), kann indessen bey uns wohl nur in so ferne angenommen werden, als dadurch der Grund zu Besorgnissen wirklich hinlänglich weggeräumt wird.

Die Sicherheit wird übrigens durch die Stellung hinlänglicher gültiger Bürgen, oder durch die Uebergebung genügender Pfänder, und nur, wenn beydes unmöglich ist, jedoch nur von den Parthieen selbst, durch eidliches Versprechen geleistet. (c). — Die Summe bestimmt der Richter nach dem Interesse

(a) *Nach römischem Rechte folgt hieraus wohl nur Befreyung von der Satisdatio.*

(b) *Siehe hierüber Glück a. a. O. §. 248, welcher diese Controverse ausführlich behandelt.*

(c) *II. 8. D. fr. 1. 2. 7. 8. und andere. Vergl. Glück. a. a. O. §. 246. 247.*

der, die Sicherheit fordernden Parthie, wobey aber, weil dieses Interesse sich nicht immer genau bestimmen läſst, leider zu viel von Observanzen abhängt (a).

§. 158 *a.*

Verfahren bey Interventionen.

Eine der wichtigsten Arten processualischer Zwischenhandlungen entsteht durch die oben (§. 57.) bezeichneten *Interventionen.* Das Verfahren über diese bestimmt sich nach verschiedenen Grundsätzen, je nachdem die Intervention als *Hauptintervention*, als *accessorische*, oder als *gemischte* betrachtet werden muſs.

I.) *Hauptintervention.*

Bey jeder Hauptintervention muſs, dem Begriffe zu Folge, dem Intervenienten 1.) in Ansehung des Gegenstandes des, zwischen zwey Parthieen anhängigen Rechtsstreites ein klagbar zu verfolgendes Recht zustehen, und dieses Recht muſs 2.) wenn es anerkannt wird,

(a) *Am besten sind in Fällen, wo die Cautionssumme sich nicht genau bestimmen läſst, die Sicherheitsleistungen durch Bürgen.*

für das Recht des bisherigen Klägers ganz oder zum Theile als praejudicirend erscheinen.

Dieses letztere ist es, was den Intervenienten *berechtigt*, sein sonst bloſs gegen den Beklagten klagbar zu verfolgendes Recht als Intervenient gegen beyde Theile durchzufechten. Ob er aber von dieser Berechtigung Gebrauch machen wolle, hängt lediglich von seiner, durch politische Rücksichten zu bestimmenden freyen Entschliessung ab, denn gezwungen kann er, mit Beystimmung der Gesetze, zu einer Intervention keineswegs werden, obgleich, wenn er bloſs gegen den Beklagten als Kläger auftritt, es dem Beklagten verstattet seyn muſs (a), durch die Anzeige von dem gegen ihn angefangenen praejudiciellen Rechtsstreite, den Fortgang des älteren Rechtsstreites interimistisch zu hemmen, und obgleich immer dem Kläger in dem älteren Processe erlaubt seyn muſs, in dem neueren als accessorischer Intervenient sich mit dem Beklagten zu vereinigen und mit diesem sein gemeinsames Interesse an der Aus-

(a) *arg. XXIV. III. D. fr.* 34 *XLIX.* 14. *D. fr.* 35.

schliessung des neuen Klägers geltend zu machen (a).

Für das Verfahren ist, wenn ein Individuum hauptsächlich interveniren will, folgendes entscheideud:

A.) Wenn der Rechtsstreit, bey welchem intervenirt werden soll, noch nicht *rechtskräftig* entschieden worden ist, und

1.) *noch in erster Instanz anhängig ist*, so übergiebt der Intervenient seine *Klage* und legitimirt sich, durch die Nachzeigung des, vorhin n. 2.) bemerkten Verhältnisses seines Rechtes zu dem des Klägers, als *Intervenienten.*

Ueber diese Berechtigung zur Intervention mufs nun zuförderst, wenn dieselbe nicht sogleich, über allen Zweifel erhoben, gegründet oder ungegründet erscheint, ein, nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes einzurichtendes Verfahren eingeleitet werden, worauf durch Bescheid der

(a) *Diese ganze Lehre ist noch nicht genügend behandelt, obgleich* Claproth *de intervent. libell. Gött.* 1763. *und vorzüglich* Gönner *II. XXIX. schöne Winke liefern.*

Intervenient entweder mit seiner Intervention abgewiesen und ihm ein besonderes Verfahren gegen den Beklagten vorbehalten, oder der Intervention Statt gegeben wird. In diesem Falle nun muſs a) wenn der Intervenient den ganzen Streitgegenstand in Anspruch nimmt, der alte Rechtsstreit interimistisch sistirt und nun die Klage des Intervenienten in das gebührende Verfahren, zwischen ihm als Kläger und den beyden bisherigen Parthieen (falls nicht der bisherige Kläger freywillig zurücktritt) als Beklagten und Interventen, eingeleitet werden; b) wenn dagegen der Intervenient nur einen Theil des Streitgegenstandes in Anspruch nimmt, so muſs zwar für die Einleitung des neuen Processes über die Klage des Intervenienten das Verfahren, auf die eben bezeichnete Weise, eingeleitet werden, neben diesem geht aber auch der alte Rechtsstreit, ohne alle Aenderung, in seinem bisherigen Gange ruhig fort.

2.) Ist dagegen der Rechtsstreit, bey welchem intervenirt werden soll, *schon in zweyter Instanz anhängig*, so kann die Klage, weil keinem das Recht der ersten Instanz entzogen werden kann, hier nicht angebracht

werden, sondern der Intervenient muſs sich begnügen, durch die Nachzeigung des praejudiciellen Verhältnisses seines Rechtes zu dem des Klägers, eine Sistirung des bisherigen Verfahrens, bis zu dem Ausgange des Verfahrens über seine, bey dem Richter erster Instanz anzubringende Klage, zu bewirken (a). Ueber dieses Gesuch wird nach den allgemeinen Grundsätzen des summarischen Verfahrens verhandelt.

B.) Ist endlich ein Rechtsstreit schon rechtskräftig entschieden, so läſst sich eigentlich keine Intervention mehr gedenken, obgleich, wenn ein Dritter sein vorzügliches Recht an dem Streitgegenstand anf der Stelle über jeden Zweifel erheben kann (b), es analogisch wird vertheidigt werden können, wenn man diesem Dritten erlaubt, durch zweckdienliche Anträge der Gelebung oder Vollstreckung der rechtskräftigen Sentenz vorzubeu-

(a) *Es versteht sich, wenn die Intervention, nach dem vorhergehenden, in dem Verhältnisse steht, daſs der ganze bisherige Streit sistirt werden muſs.*

(b) *Claproth Einl. in d. bürg. Proceſs. §. 452.*

zubeugen. Solche Anträge werden indessen, wenn sie sich nicht als ungegründet sogleich zur Verwerfung eignen, in der Regel nur zwischen dem Intervenienten und dem bisherigen Kläger eine Verhandlung veranlassen können. In Hinsicht des Beklagten wird eine Communication zur Nachricht genügen.

§. 158 *b.*

Fortsetzung.

II.) *Nebenintervention.*

Bey der Nebenintervention ist bloſs Vertheidigung der Sache des einen streitenden Theiles Zweck des Intervenienten, und Gemeinschaft des Interesses an der Erreichung des Endzwecks dieses Theiles (a) sein Be-

(a) *Nov.* 112. *c.* 1. *V.* 2. *D. fr.* 29. — *Dieses gemeinsame Interesse kann bald aus einer wahren juristischen Einheit des Intervenienten mit dem einen Theile (wie bey Cedenten und Cessionarien) in Hinsicht des im Streite befangenen Rechtes abgeleitet werden, bald aus einem zwar eigenthümlichen ius agendi et excipiendi, welches aber doch durch eine res iudicata gegen den einen Theil leiden würde und in so ferne abhängig ist (wie in den gesetzlichen Beyspielen).*

rechtigungsgrund zur Einmischung in den anhängigen Rechtsstreit Anderer.

In der Sache selbst entsteht daher nur ein litis consortium zwischen dem Intervenienten und demjenigen, für welchen er auftritt, — der Intervenient kann nur mit diesem handeln wollen und nur auf die Art, wie es, nach der Beschaffenheit der Verhandlungen, zu der Zeit, wo er auftritt, noch (a) rechtlich möglich ist.

Dagegen kann, wenn der Intervenient entweder gleich für den einen Theil handelt, oder, mit Anführung seiner Gründe zur Intervention, etwa um Acteneinsicht u. d. gl. bittet, ein Incidentverfahren über seine Berechtigung zum Interveniren entstehen, welches sich zwischen ihm und beyden, oder einem von beyden Theilen gedenken läſst. In der Regel wird alsdann der Gang der Verhandlungen in der Hauptsache interimistisch sistirt werden müssen und nur dann möchte ich dieses nicht behaupten, wenn bloſs derjenige, für welchen intervenirt werden soll, sich der Annahme des Intervenienten zum

(a) *II. 8. c. 2. in 6to.*

Litisconsorten widersetzt, wo dann aber der Intervenient um die einstweilige Aufnehmung seiner Beweise zum ewigen Gedächtnisse, nach den Umständen, wird bitten können.

III.) *Gemischte Intervention* (a).

Fast ganz gleich mit der accessorischen geht die gemischte Intervention in Hinsicht ihrer Wirkungen auf die Hauptsache, denn volle Erreichung des Zweckes desjenigen, für welchen der Intervenient auftritt, ist hier das Mittel, wodurch er Verletzung eines eigenen Rechtes zu entfernen sucht.

Ob indessen diese Intervention, weil sie durch Erreichung des Zweckes des einen Theils selbstständige Rechte des Intervenienten aufrecht zu erhalten sucht, noch in höherer Instanz mit der Wirkung Statt finden könne, daſs Beweise für das Recht des Intervenienten, welche von dem Theile, der zugleich

(a) *Diese Lehre ist noch am wenigsten vollkommen bearbeitet. Das beste ist bey Gönner a. a. O. und in den Rechtsfällen I. 1. Es bedarf aber diese Lehre noch eine genauere Revision.*

vertreten werden soll, nicht mehr gebraucht werden könnten, nun noch zulässig seyen, scheint mir sehr zweifelhaft, weil der Intervenient, selbst durch rechtskräftige Urtheile *unter Andern*, an *seinen* unabhängigen Rechten nicht leidet, mithin kein Grund vorhanden ist, warum man in den bisherigen Proceſs einen *neuen* Streit über Gerechtsame zu ziehen sucht, in deren Besitze der Intervenient ohnehin sicher seyn würde, und welche der nicht besitzende Intervenient doch nicht, mit Umgehung der ersten Instanz, bey Gelegenheit eines, in höherer Instanz schwebenden Streites, den Rechten nach, *klagend* verfolgen darf.

§. 159.

Litisdenunciation.

Wenn derjenige, welcher einer Parthie in Ansehung des, durch einen Rechtsstreit erlittenen Schadens verantwortlich seyn kann, und welcher eben darum bey der gehörigen Betreibung dieses Rechtsstreites auf das vollkommenste interressirt ist, nicht freywillig als Intervenient auftritt, so ist es demjenigen, welcher seine Regreſsklage nicht ganz verlieren, oder doch der Gefahr des Verlustes aussetzen

will (a), nothwendig, jenen zur Vertretung aufzufordern.

Dieses geschieht durch die *litis denunciatio*, welche in einer bloſsen Benachrichtigung von der Existenz des, den Andern aus dem angegebenen Grunde interessirenden Rechtsstreites besteht.

Nur eine accessorische Intervention kann hierdurch veranlaſst werden. Soll daher die Denunciation ihren Zweck, den Denuncianten zu sichern, wirklich erreichen können, so muſs sie zu einer Zeit geschehen, wo für den Denuncianten, falls er interveniren wollte, noch der Gebrauch aller Vertheidigungs - und Beweismittel offen steht (b).

Wie sie übrigens geschehe, ist vollkommen einerley. Es genügt, *aussergerichtlich* zu de-

(a) *XXI.* 2. *D. fr.* 29. *§.* 2. *fr.* 53. *§.* 1. *fr.* 63. *§.* 1. *VIII.* 45. *Cod c.* 8. 9. 23. *Ob die Bestimmung der angef. const.* 8. *aus dem, in dem alleg. fr.* 53. *§.* 1. *angegebenen Grunde zu beschränken seye, ist streitig.*

(b) *Der Kläger daher gewöhnlich bey der Replik Trendelenburg de litisdenunciatione actoris. Gönner zu Danz n. XXXIX.*

nunciiren, ob man gleich die *gerichtliche* Denunciation, wegen des erleichterten Beweises, vorzuziehen Ursache haben wird.

Eben darum läſst sich nun das *gemeinrechtliche* Verfahren bey Litisdenunciationen sehr leicht bestimmen. Es besteht darin, daſs die, die Denunciation enthaltende Schrift (a) des Denuncianten dem Gegentheile zur Nachricht und dem Denunciaten, mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden monitorischen Ladung, mitgetheilt wird. Uebrigens geht der Rechtsstreit seinen Gang ganz ungehindert fort und erst wenn der Litisdenunciat sich nun wirklich zur Intervention bestimmen läſst, kann über die Befugniſs hierzu ein interimistischer Rechtsstreit, wie bey accessorischen Interventionen (§. 158. b.), Statt finden.

Das gemeine Recht kennt wenigstens keine Gründe, welche die, bey manchen Gerichten übliche (b) Verfahrungsart, gegen den Denun-

(a) *Diese kann auch Anhang einer andern seyn. Das Gesuch derselben bestimmt sich aus dem möglichen Verfahren von selbst.*

(b) *Z. B. bey dem Reichskammergerichte vergl.* Hofmann *Obs. iuris et processus Cam. Imp. obs. 7.*

ciaten mit arctatorischen Ladungen vorzuschreiten und den Streit über die Entschädigungsverbindlickeit des Denunciaten, zum grossen Nachtheile des Gegentheils des Denuncianten, einzumischen, rechtfertigen könnten (a).

§. 160.

Adcitationen.

Verwandt mit den bisherigen Zwischenhandlungen ist die *Adcitation*, welche die Juristen neuerer Zeit (b) und die Praxis ehrwürdiger Gerichte als ein, von dem Richter aus Amtspflicht und auf Anfordern der streitenden Theile zu ergreifendes Mittel betrachten, um,

(a) *Martin* §. 230. *Gönner Handb. II. XXIX.*

(*) *Von der Litisdenunciation ist die Benennung des Autors (laudatio auctoris) sehr verschieden, welche von dem, der in fremdem Namen besitzt und mit einer gegen den Besitzer gerichteten Klage in Anspruch genommen wird, vor der Einlassung geschehen muss, damit er nicht als muthwilliger Streiter (liti se offerens* [§. 58.]) *betrachtet werden kann.*

Anm. *Der Litisdenunciat kann wieder Andere zum Streit auffordern u. s. w.*

(b) *Ausführlich hat davon gehandelt Canz de adcitatione tertii ad litem Tub.* 1759. *Bey weitem gründlicher Gönner II.* 29. *n.* 23.

zur Abkürzung der Processe, diejenigen, welche bey dem Rechtsstreite *unmittelbar* interessirt sind, zur Einmischung zu bestimmen. Die gute Absicht indessen kann unmöglich den Gebrauch eines Mittels rechtfertigen, welches in dieser Ausdehnung die rechtlichen (aus der Natur der Obligationen abgeleiteten) Principien von der Streitgenossenschaft (§. 57.) (a) vernichten würde.

Rechtlich können daher nur dann dritte Personen zu einem anhängigen Rechtsstreit *hinzugeladen* werden, wenn dieselben mit der einen Parthie in dem Verhältnisse *iuristischer Einheit* stehen (wie Cedent und Cessionar) und nun eine processualische Handlung vorkömmt, welche, ihrer Natur nach, nicht von dem bisher erschienenen Individuo, sondern nur von dem, mit diesem *iuristisch* vereinten, aber noch nicht erschienenen Individuo vorgenommen werden kann (z. B. Eidesableistung).

(a) *Nach den Beweisen, welche Martin in dem angeführten ersten Stücke des Magazins geliefert hat.*

In solchen Fällen kann nun, nach der erlassenen Hinzuladung (a), wenn der Adcitat das, die Hinzuladung begründende Verhältniſs abläugnet, ein interimistisches Verfahren hierüber Statt finden, wenn es aber, nach dessen Beendigung, bey der Hinzuladung verbleibt, so erscheint nun der Adcitat ganz als die Parthie, zu welcher er geladen wird, und das Verfahren geht daher, auch in contumaciam, seinen Gang, nach dem durch den Innhalt der Ladung bezeichneten Wege, regelmäſsig fort.

§. 161.

Von der Reassumtion des Processes.

So sehr auch unsere Gesetze (b) durch die in die Vollmachten nothwendig einzurückende clausula heredum dafür gesorgt haben, daſs durch den Tod der Parthie nicht eine Verzögerung der gerichtlichen Verhandlungen entstehen solle (c), so sind demohnerachtet

(a) *Diese Ladung selbst hat übrigens gar nichts eigenes.*

(b) *J. R. A. §. 99.*

(c) *In diesem Falle soll der Gewalthaber höchstens binnen 3 Monaten den Tod des Principalen anzeigen, und die Namen der Erben angeben. J. R. A. a. a. O.*

noch immer Fälle möglich, wo die Fortsetzung des Processes nicht Statt finden kann, wenn nicht die Nachfolger der verstorbenen Parthie erklärt haben, dafs sie denselben fortsetzen wollen (reassumtio litis). Dieses tritt ein, wenn entweder gar kein Sachwalter, oder doch kein bey dem Tode des Gewaltgebers hinlänglich legitimirter vorhanden war, oder das Recht, den Procefs fortzusetzen, auf einen solchen übergeht, welcher nicht allgemein für die Handlungen seines Vorgängers zu stehen hat (successor singularis). Wenn in diesen Fällen die Nachfolger nicht ausdrücklich, oder stillschweigend, zur Fortsetzung der Verhandlungen sich bereit erklären, so mufs die Gegenparthie den Richter um Ansetzung eines Termins zu dieser Erklärung bitten, welche alsdann entweder auf die eine, oder die andere Art geschieht, oder endlich, zur Folge der Contumaz, damit die Verhandlungen einen Fortgang haben, für bejahend geschehen angenommen wird.

§. 162.

Wiederklage.

Jeder Beklagter hat das Recht, den Kläger vor demselben Richter gleichfalls zu be-

langen, selbst wenn dieser sonst nicht der zuständige wäre (§. 43 u. 50.). Wird diese (Gegen-) Wiederklage vor, oder mit der Einlassung auf die Klage vorgebracht, so hat sie die wichtige Wirkung, daſs nun über beyde Sachen zugleich verhandelt und entschieden werden muſs, sobald dieses anders möglich ist, was freilich, wenn die Vorklage für die Gegenklage präjudiciell ist, oder über beyde auf eine ganz verschiedene Art verhandelt werden *muſs*, nicht der Fall ist (a). Aber wenn auch diese gemeinschaftliche Verhandlung der beyden Sachen nicht Statt finden könnte, so hat doch immer noch die Wiederklage die Wirkung, daſs durch sie die Gerichtsbarkeit eines sonst nicht zuständigen Richters begründet werden kann, wenn sie nur vor dem Beschlusse der Verhandlungen über die Vorklage noch angestellt wird (§. 43. 50.). Uebrigens ist die Einrichtung der Wiederklage, wie die der Vorklage, und das Verfahren über dieselbe von dem über diese in nichts unterschieden.

(a) *Nov.* 96. *c.* 2. *II.* 10. X. *c.* 2. 4.

Anm. *Ueber den gewöhnlichen Satz: Reconventio reconventionis non datur. s.* Gönner *Handb. I.* 10.

§. 163.

Von der Actenversendung.

Wenn durch die, der Art des Verfahrens gemäfse Verhandlungen der Parthieen, die richterliche Prüfung der Sache selbst, um eine Entscheidung geben zu können, hinlänglich vorbereitet ist, und also die Verhandlungen als geschlossen betrachtet werden müssen, so ist es in der Regel Pflicht des Richters, nun selbst zu entscheiden. Indessen leidet diese Regel nicht nur in so ferne Ausnahmen, als der Richter von Amtswegen in sehr zweifelhaften und verwickelten Fällen (a) die Acten an eine unpartheyische Juristenfacultät oder ein anderes Spruchcollegium verschicken *darf*, und in Fällen, welche die mehrsten Mitglieder mittelbar oder unmittelbar angehen, verschicken *mufs*, sondern es ist auch einer, durch allgemeine Gesetze bestätigten (b), in verschiedenen Landen aber verschiedenerleyartig bestimmten Gewohnheit in Deutschland gemäfs, dafs, auf die Bitte einer Parthie, diese Actenverschickung (die Reichs- und [in befreiten Landen] die höch-

(a) *Ob aber dieses auch heutzutags noch ein Grund seyn sollte ? ! — —*

(b) *D. A.* 1600. *J. R. A.* §. 113.

sten Landesgerichte (a) ausgenommen) nicht versagt werden darf (*).

Sobald die Acten verschickt werden sollen, ist es nothwendig, daſs vor allen Dingen dieselben vollständig in Ordnung gelegt, und mit einem Verzeichnisse versehen werden. Dieses nennt man das *Inrotuliren.* Es wird hierzu ein Termin angesetzt, auf welchen die Parthieen, um sich selbst von der Vollständigkeit der zu verschickenden Acten überzeugen, und ihre allenfallsigen Gerechtsame wahren zu können, monitorisch vorgeladen werden (b). In diesem

(a) *Ob diese Ausnahme auch in Sachen der landesherrlichen Kammer Statt finde? Das R. K. Gericht scheint hier als rechtlichen Grundsatz zu begünstigen, was Hessen-Darmstadt, mit nachahmungswürdigem Beyspiele, gesetzlich sanctionirt hat. Ueberh. vergleiche Gönner I. 5.*

(*) *Von dem wichtigen Unterschiede zwischen eingeholten Urtheilen und Gutachten oder Informaten. Auf die Worte in der Missive kömmt es hierbey nicht an, sondern darauf, ob den Parthieen, durch den abgehaltenen Inrotulationstermin, ein ius quaesitum gegeben worden.*

(b) *Wenn sie daher wegbleiben, so wird angenommen, daſs sie der Legalität des Richters zu-*

Termine werden den Parthieen die Acten selbst zur Einsicht vorgelegt, worauf sie ihre Erklärungen über dieselben zu dem über diese Handlung zu fertigenden Inrotulationsprotocolle geben, und dadurch entweder ihre Zufriedenheit, oder den Wunsch, daſs bestimmte Actenstücke noch beygelegt, oder von den übrigen getrennt werden möchten, äussern, in welchem letzteren Falle sogleich hierüber von dem Richter entschieden, oder, wenn die Sache zweifelhaft seyn sollte, alles dem Ermessen des künftigen Urtheilsverfassers überlassen wird. Zugleich ist es Gewohnheit, daſs jede Parthie in diesem Termine gegen die Verschickung an bestimmte Spruchcollegien (in der Regel gegen 3 derselben ohne Anführung von Gründen) (a) protestiren kann, welche Protestation mit der Erklärung über die Acten zu Protocoll gegeben werden muſs (b). Nach geschlossenem Inrotu-

trauten. Das Rubriciren und Verzeichnen der Acten wird aber am besten schon vor diesem Termine gemacht.

(a) *Denn mit Gründen können mehrere verworfen werden. Vorsichtsmaasregeln bey den Protestationen.*

(b) *An eines der Spruchcollegien, gegen welches protestirt worden ist, darf der Richter die*

lationsprotocolle werden die Acten, in Gegenwart der Parthieen, eingepackt und von dem Gerichte (allenfalls auch den Parthieen) besiegelt, worauf sie, in Begleitung eines Schreibens (Missives, Urtheilsfrage), worin das, was übersendet und was verlangt wird, genau zu bestimmen ist, an den von dem Richter gewählten, und von demselben geheimzuhaltenden Ort befördert werden (a). Wenn die Acten mit dem Erkenntnisse zurückkommen, so wird ein Termin zur Anerkennung der Unversehrtheit und Vollständigkeit der, bis dahin versiegelt liegen bleibenden Acten, und zur Eröffnung des Erkenntnisses (ad videndum exrotulari acta et

Acten nicht senden, wenn das Erkenntniſs nicht als nichtig soll angegriffen werden können. Chr. Heinrich Lang de nullitate respectiva sententiae, actis ad collegium juridicum excemtum transmissis. Rost. 1783.

(a) *Vorzüge der Versendung durch Mittelspersonen. Mittel zur Geheimhaltung des Orts. Ueberhaupt vergl.*

Elsässer über den Geschäftsgang von Versendung der Acten an Rechtscollegien an bis zur Eröffnung des eingeholten Urtheils. Ein Anhang zu Danzens ordentlichem Proceſs.

audiendum publicari sententiam) angesetzt, in welchem dann, nach geschehener Anerkennung der Unversehrtheit der Siegel, man die Acten aufpackt, und das eingeholte Erkenntniſs wirklich eröffnet.

§. 164.

Von dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse.

Eine der auſserordentlichsten Handlungen in dem Processe kann bey den Beweisführungen vorkommen, — Beweisführungen nämlich und einzelne zur Beweisführung gehörende Handlungen, noch ehe über einen Rechtsstreit gerichtlich verhandelt wird, oder doch ehe man in der Ordnung des Verfahrens zu den Beweisführungen oder zu diesen Handlungen kömmt. Man nennt dieses Beweisführungen zum ewigen Gedächtnisse (probationes in sempiternam rei memoriam). Der Kläger sowohl, als der Beklagte (sie seyen es nun izt schon, oder mögen erst künftig in dieser Eigenschaft auftreten) müssen hierzu gelassen werden, sobald sie nur in der, desfalls zu übergebenden Vorstellung hinlängliche Gründe anzuführen im Stande sind, aus welchen es erhellet, daſs sie, ohne diese Handlung, leicht unverschuldet der Möglich-

keit,

keit, künftig Beweis zu führen, beraubt werden könnten (a). Mit dieser Vorstellung wird zugleich die Antretung des, izt zu führenden Beweises verbunden, worauf, wenn der Richter die Beweisführung für zulässig (b) erklärt, bey Zeugenbeweisen der Gegentheil zwar allerdings Fragstücke zu den Beweisartickeln einreichen kann, alle Einwendungen desselben aber, so wie die Bekanntmachung der Resultate der Beweisführung, bis auf die künftigen förmlichen Beweishandlungen ausgesetzt bleiben.

(a) *II. 6. X. c. 5.*

(b) *Ueber die Zulässigkeit findet aber eigentlich kein Verfahren Statt, auch kann in der Regel auf die Bitte, zu einer Beweisführung zum ewigen Gedächtniſs zugelassen zu werden, nicht abschläglich verfügt werden, denn diese Beweisführung, welche auf Kosten des Beweisführers vorgenommen wird, kann nie dem Gegner schädlich werden, wenn sie dereinst bey dem Productions - Verfahren für irrelevant sollte erklärt werden. Da indessen den Gerichten nicht zugemuthet werden kann, sich zu offenbar unnützen Handlungen miſsbrauchen zu lassen, so glaube ich, daſs doch, wenn die anerbotene Beweisführung ganz ohne Zweifel für das angegebene Beweisthema unstatthaft erscheint, dieselbe rechtlich abgeschlagen werden könne.*

ZWEYTER THEIL.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den einzelnen gesetzlichen Processarten.

ERSTE ABTHEILUNG.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in dem ordentlichen Processe.

(§. 77.)

ERSTER ABSCHNITT.

Von dem Verfahren bis zu der, durch das Beweisinterlocut begründeten förmlichen Beweisführung.

§. 165.

Von dem Anbringen der Klage.

Der eigentliche Anfang (a), eines jeden Rechtsstreites, mithin auch derjenigen, welche im or-

(a) *Manchmal muss aber der Anfang des Rechtsstreites durch präparatorische Gesuche vorbereitet werden.*

dentlichen Processe verhandelt werden, wird dadurch gemacht, daſs derjenige, welcher einen Anspruch an einen andern zu haben glaubt, diesen dem Richter vorträgt und ihn um die Realisirung desselben, nach geschehener Verhandlung der Sache, bittet. Dieses nennt man das *Anbringen der Klage*, welches beym schriftlichen Verfahren durch die Ueberreichung eines Klagschreibens (libelli) geschieht. Der Vortrag der Klage wird strenge nach den Regeln eingerichtet, nach welchen Deductionen überhaupt verfaſst werden (§. 114 folg.), und zerfällt also, wie diese, in die angegebenen drey Bestandtheile: die Geschichtserzählung, die Ausführung der rechtlichen Möglichkeit oder Nothwendigkeit, warum aus den angeführten Thatumständen die abzuleitende Forderung abgeleitet wird (justificatio petiti), und dann die Forderung, welche aus diesen beiden Prämissen (die *zusammen* das Gesuch begründen [das *fundamentum agendi s. petendi* enthalten]) sich darbietet, in Form einer Bitte an den über die Sache verfahrenden und erkennenden Richter vorgetragen.

Diese Bitte wird nun, da das Erkennen des Richters über die Sache selbst durch das Ver-

fahren über dieselbe bedingt ist, theils auf die Verfügung des gehörigen Verfahrens, theils auf das, diesem nachfolgende Erkenntniſs in der Sache selbst gerichtet seyn müssen, und eben darum werden auch in den Prämissen nicht bloſs die factischen und juristischen Gründe für die Bitte in der Hauptsache, sondern auch für das processualische Gesuch (wozu vorzüglich Begründung der Gerichtsbarkeit gehört) darzustellen seyn. Ehemals pflegten diese beyden Bitten sogar in verschiedenen Schriften, zu verschiedenen Zeiten, vorgetragen zu werden, (a) nach neueren Gesetzen (b) sollen sie miteinander verbunden werden; da indessen alle überflüssige Ausführungen schicklich vermieden werden, so ist es gewiſs kein Fehler eines Libells, wenn er sich in Fällen, wo weder die Voraussetzungen zu dem Verfahren einem Zweifel unterworfen sind, noch, wie gewöhnlich bey dem

(a) *Daher der Unterschied zwischen libellus citationis et actionis. Wo Präsentationsschreiben (§. 123.) üblich sind, ist noch einige Aehnlichkeit mit dieser ehemaligen Einrichtung.*

(b) *J. R. A. §. 34.*

Anm. *Unterschied zwischen punktweise abgefaſsten und articulirten Libellen, welche letztere verboten sind. J. R. A. §. 34.*

ordentlichen Processe, über die Art der Einleitung des Verfahrens eine Bedenklichkeit möglich ist, — bloſs auf die Sachbitte und deren Begründung beschränkt.

§. 166.

Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung von Klagschreiben.

1.) Die mit der gröſsten Bestimmtheit, Deutlichkeit und Genauigkeit abzufassende Geschichtserzählung enthalte *alle factische* Voraussetzungen für die *Klage* und nichts weiter. Demnach vergesse der Kläger nicht, auch diejenigen Umstände auszuführen, wodurch die active oder passive Legitimation zur Sache ausser Zweifel gesetzt wird.

2.) Der Kläger mische nicht in die Geschichtserzählung Anführungen und Widerlegungen von Behauptungen, auf welche der Beklagte eigentliche factische Einreden gründen kann, damit er nicht selbst dadurch eine, bey der Beweisregulirung ihm schädliche Verwirrung begründe. Die Practiker drucken dies gewöhnlich so aus: *man mische nicht die Replik in das Libell*, eine Regel, welche in Ansehung aller *factischen* Einreden ganz ohne alle

Ausnahme richtig ist; auf andre Einreden dagegen, und namentlich auf die sogenannte *des fehlerhaften Libells*, sehr unrichtig angewendet werden würde.

3.) Da es die Gesetze in die Willkühr des Klägers stellen, ob er die in der Geschichtserzählung angeführten Umstände sogleich mit Beweisen belegen, oder doch die Beweismittel zu denselben anzeigen wolle, (*anticipirter Beweis*), oder nicht (a); so wird man gewöhnlich bey dem Beweise durch Zeugen mehr Gründe für das letztere finden, bey dem Beweise durch Augenschein und Urkunden hingegen wird man häufig durch die Beobachtung des ersteren nicht nur zu einer schnelleren Beendigung des Verfahrens gelangen, sondern auch den Vortheil erhalten, daſs man durch getäuschtes Zutrauen auf diese Beweismittel sich nicht des Gebrauchs anderer beraubt, weil, bey vergeblich versuchtem anticipirten Beweise, immer *besserer* Beweis nachgelassen werden muſs (b).

4.) Die Bitte durch eine gelehrte Ausführung zu unterstützen, ist, sobald dieselbe aus

(a) *J. R. A.* §. 35, 39.

(b) Gönner II. 33. *Gewöhnlich ist es aber doch räthlicher, selbst in den wenigen Fällen, in*

allgemeinen Rechtssätzen fliefst, fehlerhaft (§. 117) (a).

5.) Dagegen darf es, zur Begründung einer Klage, nie als genügend betrachtet werden, wenn der Kläger blofs die Art von Recht, welche er sich zuschreibt und aus welcher er klagt (Eigenthum, Erbrecht, obligatio), angiebt [*fundamentum agendi proximum s. generale*], sondern es müssen auch die factischen Gründe, aus welchen man sein Recht ableitet [*fundamentum agendi remotum s. speciale*], angeführt werden (b). Zwar wollen diefs viele in Ansehung der *dinglichen* Klagen nur für *räthlich* halten (c), allein der, in der römischen Gerichtsverfassung liegende Grund, dafs der Praetor zwar wohl aus dem Eigenthumsrechte, Erbrechte u. s. w., keineswegs aber aus dem Obligationenrech-

welchen ein anticipirter Beweis nützlich seyn mag, denselben erst mit der Replik beyzubringen.

Von den Vortheilen und Nachtheilen der Beweisanticipationen nach G ö n n e r *a. a. O.*

(a) *J. R. A.* §. 96.

(b) *XLIV.* 2. *D. fr.* 14. §. 2. *L.* 17. *fr.* 159. *II.* 3. *X. c.* 3.

(c) *XLIV.* 2. *D. fr.* 27. *junct. fr.* 11. §. 2.

te im Allgemeinen eine, für dieses nicht existirende Klage geben konnte, entscheidet bey unserer Gerichtsverfassung nichts, in welcher jener, aus der Natur der Sache fliessende Grundsatz, hinlänglich gesetzlich bestätigt ist (a). — Nie darf der Richter ein Verfahren einleiten, wenn er nicht, unter Voraussetzung der Wahrheit der von dem Kläger vorgetragenen Facten (nicht Urtheile), seine Bitte begründet findet.

6.) Das Gesuch mufs, so viel es nach der Natur der angestellten Klage möglich ist, bestimmt und der Verbindlichkeit des Beklagten durchaus gemäfs eingerichtet werden. Bittet man in Ansehung der Zeit, des Orts, der Sache selbst, oder der Beschaffenheit der Schuld zu viel, so hat man, wenn gleich die römischen Strafen der pluris petitio bey uns keine Anwendung finden, es dennoch sich selbst zuzuschreiben, wenn man in dem ersten Falle, wo der Beklagte gewöhnlich noch zur Zeit von der Instanz zu entbinden ist, so wie in den andern Fällen, wenn der Beklagte seine eigentliche

(a) *Ich rechne dahin II. 1. X. c. 10. und den Geist der Verfügung des J. R. A. über die specielle litis contestatio. Vergl. auch* G ö n n n e r *II.* 30. *IV.*

Schuld zu leisten sich erbietet, in die unnöthig verursachten Kosten verdammt wird.

§. 167.

Fortsetzung. Von Klagenhäufungen.

7.) Vorzüglich hüte sich der Kläger, daſs er nicht mehrere Klagen in demselben Libelle verbunden vortrage, in Ansehung welcher der Richter, ohne alle processualische Ordnung bey Seite setzen zu wollen, keine Häufung (cumulatio actionum) dulden kann. Es ist nämlich zu bemerken, I. daſs in allen Fällen, wo mehrere Klagen *einem* Kläger gegen *mehrere* Beklagte, oder *mehreren* Klägern gegen *einen* Beklagten, oder *mehreren* Klägern gegen *mehrere* Beklagte zustehen, (welches man auch wohl eine *subjective Zusammenkunft von Klagen* nennt), schlechterdings keine Klagenhäufung gestattet werden dürfe, sobald nicht die Mehreren als Streitgenossen zu betrachten sind, wo aber der Begriff einer Klagenhäufung wegfällt. (a) Wenn hingegen II. *demselben* Kläger gegen *denselben* Beklagten *mehrere* Klagen zustehen (*concursus actionum obiectivus sensu generali*), so können diese 1.) aus verschiedenen Quellen entsprin-

(a) *arg.* XLIV. 11. D. *fr.* 6.

gende und auf verschiedene Gegenstände gerichtete seyn; in welchem Falle allerdings eine Klagenhäufung Statt findet, wenn nur der Richter in Ansehung aller zuständig ist, alle dieselbe Procefsart *zulassen* (vergl. §. 227.) und ihre Zahl nicht so grofs ist, dafs sich eine Verwirrung des Processes befürchten liefse; (a) oder sie können 2.) auf denselben Gegenstand gerichtet seyn, oder doch aus derselben Quelle entspringen. In diesem letzteren Falle ist *eine eigentlich* sogenannte Zusammenkunft von Klagen (*concursus actionum objectivus proprie sic dictus*) vorhanden, deren Verhältnifs gegen einander wieder sehr verschieden ist. a.) Bald sind diese mehrere Klagen der Art, dafs sie, auf ganz verschiedene Zwecke gehend, alle mit Wirkung angestellt werden können, ohne dafs die Wirkung der einen von der der andern abhängt, (*cumulative Zusammenkunft*) b.) bald sind es solche Klagen, von welchen die eine nur nach der andern mit Wirkung gebraucht werden kann, es sey nun, dafs die eine noch ihre volle Wirkung äussere, selbst wenn die andere ihre volle Wirkung gleichfalls geäufsert hat (wie bey den vorbereitenden Gesuchen im Verhält-

(a) *l.* 3. *c.* 3. *6to.*

nisse gegen die Hauptklage), oder daſs die eine nur dann noch von Wirkung seyn kann, wenn durch die andere nicht schon der Zweck derselben mit erreicht worden ist (*successive Zusammenkunft*); bald endlich c.) sind es solche Klagen, wovon zwar die eine so gut, wie die andere gebraucht werden könnte, bey welchen aber der wirkliche Gebrauch der einen den der andern nothwendig ausschlieſst (*elective Zusammenkunft*). — In dem letzten Fall kann eigentlich keine Klagenhäufung Statt finden, doch verstattet man nicht selten eine *alternative* Häufung, sobald der Kläger in einer, vor der Hand nicht zu entfernenden Verlegenheit über die zu treffende Wahl sich befindet, in welchem Falle alsdann die eine in der Folge wieder aufgegeben werden muſs (a). Bey der cumulativen Zusammenkunft von Klagen hingegen ist allerdings die Häufung zulässig und es steht hier nichts im Wege, um über die gehäuften Klagen zugleich zu verfahren und in einem Urtheile zu entscheiden. Bey der successiven Zusammenkunft endlich ist eine Klagenhäufung nur dann zulässig,

(a) *Schmidt Commentar zu seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden B. I. §.* 111.

wenn die eine der andern den Weg bahnt, wo alsdann in der Regel zwar erst über das vorbereitende Gesuch verfahren und entschieden werden muſs, es aber dann keines neuen Libells bedarf, um zu der andern in dem Verfahren überzugehen (a). Nur dann findet bey dem successiven Concurs selbst eine *alternative* Cumulation und ein Verhandeln zu gleicher Zeit Statt, wenn die *eigentlich* successiv concurrirenden Klagen doch nicht in dem Verhältnisse stehen, daſs die eine *nothwendig* der andern erst den Weg bahnen *muſs* (wie das possessorium zum Theile mit dem Petitorio nach canonischem Rechte.)

In allen Fällen, wo die zu häufenden Klagen eine besondere Geschichtserzählung erfordern, müssen im Grunde so viele besondere Libelle, als besondere Klagen vorgetragen werden sollen, jedoch in demselben Schreiben verbunden, abgefaſst werden, wenn nicht gerade die mehreren Facta nur aus öfteren Wiederholungen einerleyartiger Geschäfte bestehen. Wo aber die Geschichtserzählung für die zu häufenden Klagen dieselbe ist, da wird erst bey der

(a) *Ob aber eine solche Cumulation räthlich seye, ist eine andere Frage.*

Anführung des Rechtsgrundes, oder in der Bitte zwischen den mehreren Klagen unterschieden (a).

§. 168.

Fortsetzung. Clauseln, Verbesserung und Veränderung der Klage.

8.) Der Kläger enthalte sich auch hier aller der, wenn auch noch so sehr gebräuchlichen Clauseln, deren man sonst für das Klaglibell eine ansehnliche Menge aufzustellen wufste (b). Selbst die sogenannte *heilsame* Clausel kann, als völlig *unheilsam*, bey Seite gesetzt werden, doch ist es nicht räthlich, da, wo sie zu den Gerichtsheiligthümern gerechnet wird, sich vielleicht durch ihre Weglassung anderen Nachtheilen auszusetzen (c).

9.) Er mache sich die höchste Sorgfalt bey dem Vortrage der Klage zum unverbrüchlichen Gesetze, damit die Klage sowohl in dem Wesentlichen als Aufserwesentlichen seinen Absichten entspreche. Es ist

(a) *Gönner Erörterungen über den gemeinen Procefs zu Danz n. X.*

(b) *Danz Grundsätze des ord. Proc.* §. 79. 80.

(c) *Und wenn es auch nur der wäre, das Präjudiz gegen die Neologen herauszufordern.*

zwar keinem Zweifel unterworfen, daſs Verbesserungen *ausserwesentlicher* Fehler (emendatio libelli) zu jeder Zeit während des Laufs der Verhandlungen vorgenommen werden können; allein, auſser den durch dergleichen Fehler möglichen Verwirrungen des Processes, fallen alsdann dem Kläger alle, durch diese Fehler begründete Kosten allein zu. In wesentlichen Stücken dagegen (dem Gegenstande des Streites, dem Klaggrunde, der Proceſsart) kann die Klage nur vor der Einlassung des Beklagten abgeändert werden (mutatio libelli); denn nach der Einlassung braucht sich der Beklagte seine, auf einen, in wesentlichen Merkmalen verschiedenen Rechtsstreit berechnete Vertheidigung, nicht auf einen veränderten Rechtsstreit hinüber ziehen zu lassen, und es kann daher alsdann eine Veränderung nur auf die Art geschehen, daſs der Kläger den ganzen bisherigen Proceſs, mit Uebernehmung aller Kosten, fallen läſst, und, durch Uebergebung eines veränderten Libells, einen neuen begründet (a).

(a) *IV.* 6. *J.* §. 35. *widerspricht nicht*, *vergl. V.* 1. *D. fr.* 23. *II.* 1. *X. c.* 15. *Daſs die römischen Gesetze in der Form des römischen Verfahrens einen näheren Grund für die Wahr-*

§. 169.

Richterliche Prüfung und Verfügung auf das Klaglibell.

Die vorgetragene Klage ist ein Gegenstand der sorgfältigen Prüfung des Richters. Diese Prüfung wird ganz durch die oben (§. 125.) angegebene Rücksichten bestimmt und muſs zu den, dort bezeichneten Resultaten nothwendig hinführen.

Nie darf daher der Richter ein Verfahren einleiten (processus citationis erkennen),

I.) so lange seine Competenz noch nicht ohne Zweifel begründet erscheint. In diesem Falle muſs vielmehr der Richter, wenn er sich *incompetent* findet, des Klägers Suchen ganz, wenn er seine Competenz noch nicht hinlänglich begründet findet, mittelst eines Vorbescheides, abschlagen (a).

II.) So lange das Libell mit Fehlern, welche einer zweckgemäſsen Verhandlung entgegenstehen, behaftet ist. Hierhin gehören:

heit der Behauptung des §. finden, thut nichts zur Sache. Vergl. Gönner Handb. I. 25.

(a) *Daſs Klägers Sachen dahier nicht Statt finde. Im letztern Falle kömmt hinzu: würde*

1.) Von *Sachfehlern* a.) wenn selbst nach den vorgetragenen Facten die Bitte ganz (a), oder doch noch zur Zeit (b) verwerflich ist; b.) wenn es noch an der Activ-Legitimation fehlt oder c.) die Facten, welche die Bitte begründen können, nicht vollständig angeführt sind (§. 166. n. 5.). In diesen beyden Fällen wird das Gesuch, mittelst Vorbescheides, angebrachtermassen verworfen (c).

2.) Von *Fehlern des Vortrags* alle diejenigen, welche eine zweckmäfsige Verhandlung entweder unmöglich machen, wie unzulässige Klagenhäufungen (§. 167), oder welche das Verfahren mit unnützen Weitläufigkeiten anfüllen würden, oder endlich eine Verletzung des richterlichen Ansehens, oder der Rechte der Gegenparthie enthalten (§. 58).

3.) Von

dagegen Kläger die Gerichtsbarkeit — — — besser, als geschehen, begründen, s. w. w. e. w. r.

(a) *Dafs Klägers Suchen nicht Statt habe.*

(b) — — — — *noch zur Zeit nicht Statt habe*

(c) — — — — *angebrachter massen nicht Statt habe, würde dagegen u. s. w.*

3.) Von Fehlern der *äussern Form* (a) alle, welche nicht, nach den Gesetzen, *bloſs* Strafe nach sich ziehen. In allen diesen n. 2. und 3. bemerkten Fällen wird das Gesuch des Klägers gleichfalls vermittelst Vorbescheides (not. c.) abgeschlagen (b).

Wenn der Richter bey dieser pflichtmäſsigen Prüfung der vorgebrachten Klage mit strenger Gewissenhaftigkeit verführe, dann würden so manche unnöthige Weitläufigkeiten aus den Processen verbannt seyn, und man würde selten von Einreden des Beklagten gegen das fehlerhafte Libell (exceptio libelli inepti) hören, welche, wo sie gegründet sind, *gewöhnlich* nur als traurige Merkmale der richterlichen Unthätigkeit und Nachlässigkeit zu betrachten sind.

Findet der Richter die angebrachte Klage zur Veranlassung einer zweckgemäſsen Verhandlung der Sache geschickt, dann muſs er,

(a) *z. B. Curialien, Stempelpapier.*

(b) *Immer verdient bey Fehlern der Libelle der Sachwalter wenigstens die Weisung, für dasselbe nichts in Rechnung zu bringen und die Kosten des Abschlag-Decrets seinem Clienten zu ersetzen. Martin §. 101. n. v.*

wenn nicht die Gesetze noch andere Präliminarhandlungen verlangen (§. 124.), durch gehörige Ladungen oder Auflagedecrete die Einlassung des Beklagten auf die mitzutheilende Klage zu bewirken suchen, wodurch denn die erste Haupthandlung des Beklagten — die Antwort auf die Klage — veranlaſst wird.

§. 170.

Von der Antwort des Beklagten a) *Unterschied zwischen der Einlassung und den eigentlichen Einreden.*

Man kann bey dieser wichtigen, auf die ganze Verhandlung des Rechtsstreites den auffallendsten Einfluſs äussernden processualischen Handlung, unmöglich zu richtigen Begriffen und Grundsätzen gelangen, wenn man nicht von dem wesentlichen Unterschiede zwischen dem Innhalte derselben ausgeht, welchen unsre Gesetze zum Grunde gelegt, und welchen sie bey allen processualischen Verfügungen, mit einer, bey ihren Auslegern oft sehr zu vermissenden Consequenz, unverrückt vor Augen behalten haben.

Die Antwort des Beklagten nämlich kann enthalten 1.) eine Erklärung desselben über die

Wahrheit oder Unwahrheit der, von dem Kläger, ausdrücklich oder stillschweigend, seinem Gesuche zum Grunde gelegten Thatumstände und der daraus abgeleiteten Folgerungen. Dieses nennt man die *Einlassung* (Litiscontestatio) (a), welche nothwendig (in Rücksicht jedes einzelnen Thatumstandes nämlich) entweder *bejahend*, oder *verneinend* seyn muſs. Sie kann aber auch 2.) Behauptungen des Beklagten, welche von den Facten, worauf der Kläger seine Klage gründet, wesentlich verschieden sind, und diese eigentlich ganz auf ihrem Werthe oder Unwerthe beruhen lassen, in der Absicht aufstellen, um dadurch entweder die Ansprüche des Klägers (sey es ganz oder zum Theile) zu vernichten, oder der Nothwendigkeit, über diese Ansprüche, bey der jetzigen Lage der Sache, sich in eine gerichtliche Verhandlung einzulassen, zu entgehen. *Dergleichen* Behauptungen nennt man eigentliche *Einreden* (*exceptiones, Schutz-*

(a) *Nach dem Begriffe des J. R. A. Ganz etwas anders ist die röm. Litis contestatio.*

Ueberh. s. J. Ph. Hahn de necessitate et utilitate L. C. spec. in Pütteri Opusc. rem iud. imp. illustrant. n. XIII.

reden, *praescriptiones*), welches, um die von denselben geltenden Grundsätze (a) nicht verkehrt anzuwenden, um so mehr zu bemerken ist, da leicht auch das, was eigentlich zur *verneinenden* Einlassung gerechnet werden muſs, in der *Form* von Einreden vorgetragen werden kann, und von Vielen vorgetragen zu werden pflegt.

Die Einreden sind, nach dem angegebenen Begriffe, entweder *zerstörliche* (peremtoriae) oder *verzögerliche* (dilatoriae) [den Anspruch des Klägers selbst, oder dem Proceſs ausschliessende] (b), sie können bald *bejahend* bald *verneinend* ausgedrückt werden, in welchem letzteren Falle aber man die Natur einer verneinenden *Einrede* sehr verkennen würde, wenn man sie, wie Viele (c), in der Ab-

(a) *Man nehme nur den Anfang des 1. Tit. des 44ten Buchs der Pandecten: „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est."*

(b) *Nur muſs man diese Eintheilung nicht nach der zufälligen Wirkung beurtheilen, sondern nach der Wirkung, welche man sich von der Einrede zum Voraus, ihrer Natur gemäſs, versprechen konnte.* Gönner *a. a. O. §. VI.*

(c) *Z. B.* Danz *a. a O. §.* 155.

läugnung dessen, was zum Klagegrunde wesentlich gehört, finden zu können glauben wollte, indem hierdurch eine verneinende Einlassung, aber keine Einrede begründet werden kann.

§. 171.

Fortsetzung. Verzögerliche Einreden und Wirkung derselben.

Alle verzögerlichen Einreden beruhen entweder auf einer, durch die Natur der Streitsache, oder durch gesetzliche und vertragsmäsige Bestimmungen, begründeten Befugniſs des Beklagten, vermöge welcher er, bevor irgend etwas geschehen, oder ein bestimmter Zeitraum verflossen ist, sich in einen Rechtsstreit über diese Sache einzulassen nicht verbunden werden kann; — oder es wird durch dieselben behauptet, daſs der Beklagte darum an *diesen* Verhandlungen über die Streitsache nicht den erwarteten Antheil nehmen könne, weil noch irgend eines der, nach den *processualischen* Gesetzen, zu einer ordentlichen Verhandlung des Rechtsstreites nothwendigen Erfordernisse fehle (a).

(a) *So kann bald der Mangel einer Verbindlichkeit des Beklagten, vor* d i e s e m *Gerichte zu ver-*

Die Wirkung, welche die Vorschützung dieser Einreden hervorbringen kann, besteht demnach darin, daſs sich der Beklagte durch dieselbe vor der Hand von der Verbindlichkeit, über den von dem Kläger angebrachten Rechtsstreit vor dem Richter zu verhandeln, mithin auch von der ersten, ihm izt angemutheten Verhandlung — der *Einlassung* auf die Klage — zu befreyen im Stande ist. Weil indessen, wenn nur kein Grund einer *absoluten* Nichtigkeit des gerichtlichen Verfahrens bey der vorhandenen Lage der Sache erhellet, der Beklagte demohnerachtet sich gültig einer Verhandlung des Rechtsstreites, auch ohne eine schon Statt findende Verbindlichkeit, unterziehen *darf*, so ist es natürlich, daſs alle diese Einreden, sobald nur nicht ohne ihre Erledigung das ganze Verfahren als ein absolut nichtiges erscheinen müſs-

handeln (exceptiones fori declinatoriae §. 29. 64.), *bald ein Mangel der gesetzlichen Erfordernisse in Ansehung der Parthieen* (§. 54. 58. 157.) *oder ihrer Sachwalter* (§. 60. *folg.*), *bald ein Mangel in Ansehung des Vortrags der Klage* (§. 169.), *oder der auf dieselbe erlassenen richtichterlichen Verfügung* (§. 126. 127.), *den Grund solcher verzögerlichen Einreden enthalten.*

te, vor der Einlassung vorgebracht werden müssen (a), wenn nicht die Unterlassung dieses Vorschützens als eine concludente (b) Aeusserung des Beklagten, daſs er von denselben keinen Gebrauch machen wolle, betrachtet werden soll. — So sehr indessen unsre Gesetze die, aus dem Gebrauche der verzögerlichen Einreden für den Beklagten entspringenden Rechte anerkennen, so verordnen (c) sie dennoch, weil die meisten dieser Einreden, ohne daſs darum die Verhandlung der Sache zu leiden brauchte, leicht erledigt werden können, sehr weislich, daſs mit der Vorschützung derselben, zur Beschleunigung der Verhandlungen, eine *eventuelle*, auf den Fall der Nichterledigung der Einreden, dem Beklagten gänzlich unschädliche Einlassung

(a) *J. R. A. §. 37.*

(b) *Als eine solche concludente Aeusserung kann aber die unterlassene Vorschützung alsdann natürlicher Weise nicht betrachtet werden, wenn zur Zeit der Einlassung die Einrede noch nicht gebraucht werden konnte, oder die Gesetze, wie in Ansehung der Einrede der Entsetzung (spolii II. 10. X. c. 2. 4.) das Gegentheil bestimmt haben.*

(c) *J. R. A. §. 40.*

verbunden werden solle; — eine Verordnung, welche jedoch, der Natur der Sache nach, alsdann keine Anwendung finden kann, wenn die Einlassung mit dem Gebrauche der Einreden in geradem Widerspruche stehen, (a) oder doch, wegen der offenbaren Unmöglichkeit einer Erledigung der gebrauchten Einreden, *gewiſs* vergeblich seyn würde (b).

§. 172.

Fortsetzung. Zerstörliche Einreden und Wirkung derselben.

Alle zerstörlichen Einreden können entweder in der Berufung auf neuere Rechtssätze bestehen, durch welche, selbst unter Voraussetzung der Wahrheit dessen, was der Kläger vorgebracht hat, der Beklagte sich gegen die, rechtlich gegründete Klage zu schützen vermag (exceptiones juris), oder in

(a) *Deſswegen macht das Gesetz selbst bey fori declinatorischen Einreden eine Ausnahme.*

(b) *Denn alsdann kann man sich ohne Gefahr den Folgen der unterlassenen Einlassung, welche doch nur in einer Strafe des verzögerten Processes (§. 40. J. R. A.) bestehen könnten, aussetzen.*

der Berufung auf Thatumstände, welche die rechtliche Wirkung äufsern mufsten, die Ansprüche des Klägers ganz oder zum Theile zu vernichten (exceptiones Facti). — Zu welcher von diesen Arten sie aber auch gerechnet werden müssen, so verordnen die Gesetze, zur Beschleunigung der Verhandlungen, dafs sie alle der Einlassung auf die Klage, welche sie, wenn man nicht alle Ordnung bey den Beweisen bey Seite setzen will, nicht aufhalten können, bey Strafe des Verlustes, angehängt werden sollen (a).

Nur dann können sie selbst von der Einlassung den Beklagten befreyen und das ordentliche Verfahren über die Klage aufheben (*litis ingressum impedientes seyn*), wenn sie, die Ansprüche des Klägers in ihrem ganzen Umfange zerstörend, entweder ohne Beweis unumstöslich sind, oder auf der Stelle durch klare Brief und Siegel (instrumenta guarentigiata) erwiesen werden können (exceptiones in continenti liquidae), denn in diesem Falle wird der Beklagte eben so gut auf ein ausserordentliches, schleuniges Verfahren Anspruch

(a) *J. R. A.* §. 40.

haben, als der Kläger, bey gleichem Beweise seiner Klage, die Vortheile des executivischen Verfahrens genieſst (a).

Uebrigens darf man nicht vergessen, daſs unter jener Verordnung, welche die Verbindung der peremtorischen Einreden mit der Einlassung gebietet, diejenigen nicht begriffen seyn können, welche 1.) damals noch nicht vorgebracht werden *konnten*, oder 2.) als gegen eine *unheilbare* Nichtigkeit gerichtet, keinem Verzichte unterliegen (z. B. rei judicatae). Leider rechnet man sehr häufig zu den ausgenommenen Einreden auch noch 3.) die sogenannten *privilegirten*, worunter man nicht nur die exceptiones SCti Macedoniani und Vellejani (b), sondern auch, nach kanonischen Grundsätzen, alle Arten der exceptio doli versteht. (c) Wie man indessen diese Behauptungen selbst nur mit den *Worten* des

(a) *Das ausserordentliche Verfahren über Proceſs hindernde Einreden kann daher erst unten bey der Lehre von dem Executiv-Processe vorgetragen werden.*

(b) *XIV.* 6. *fr.* 11. *XVI.* 1. *fr.* 8. §. 2.

(c) *Z. B. Solutionis, compensationis u. s. w. vergl. Danz* §. 186. *u. die das. angef.*

J. R. A., welcher *alles auf einmal* mit der ersten Antwort des Beklagten eingebracht haben will, vereinigen könne, ist schwer einzusehen, noch schwerer aber, wie bey solchen Behauptungen der wohlthätige Geist dieses Reichsgesetzes bestehen könne (a). So viel geben indessen selbst dis Vertheidiger jener Behauptungen zu, daſs dergleichen Einreden, wenn sie noch selbst bey der Vollstreckung sollen gebraucht werden können, weil hier summarisch verfahren wird (b), auf der Stelle erwiesen werden müſsten.

§. 173.

b) *Von dem Vortrage der Antwort.*

Die *Einlassung* soll nach den Gesetzen (c) eine bestimmte, deutliche, auf jede einzelne, der Klage zum Grunde liegende, factische Behauptung eine unumwundene Einräumung oder Abläugnung enthaltende Erklärung seyn. Allgemeine Einlassungen sind daher verboten, doch ist es dem Gesetze nicht entgegen, wenn

(a) *Gönner a. a. O. §. XI.*

(b) *J. R. A. §.* 178.

(c) *J. R. A. §.* 37.

man mehrere *einzuräumenden* Punkte zusammenfaſst.

Uebrigens ist die Antwort des Beklagten, wenn sie auch keine Einreden vorträgt, doch immer Deductionsschrift. Die Erklärung über die Behauptungen des Klägers ist die Geschichtserzählung in dieser Gegendeduction, (a) aus welcher der Beklagte, durch die Subsumtion ihrer Merkmale unter gesetzliche Wahrheiten (bald mit, bald ohne iuristische Ausführung [§. 166. 4.]) ein, der Bitte des Klägers entgegenstehendes Gesuch ableitet.

Auch der Vortrag einer *Einrede* ist eine Deduction, bey deren Verfertigung die meisten Regeln von dem Vortrage der Klagen ihre Anwendung finden können. Sind mehrere Einreden zu verbinden, so werden, wie bey den Klagenhäufungen, eben so viele besondere Deductionen an einander gereiht werden müssen, wenn nicht das gleichartige Gesuch derselben, (wie bey mehreren, von der Einlassung befreyenden, bey mehreren, aus verschiedenen Ursachen Sicherheitsleistungen

(a) *Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet der §. 37. des J. R. A. selbst die Einlassung.*

von dem Gegner fordernden, bey mehreren peremtorischen etc.) eine Verbindung derselben in *einem* deducirenden Vortrage, ohne dafs der Deutlichkeit dadurch geschadet würde, erlaubet. Dieses letztere wird, aus demselben Grunde, auch wenn zerstörliche Einreden mit der Einlassung verbunden werden sollen, mit Vortheil beobachtet werden können.

Die Antwort des Beklagten (die sogenannte Exceptionsschrift) erscheint daher bald als eine einfache, bald als eine, öfters auf mehrfache Art zusammengesetzte Deductionsschrift; als einfache, wenn entweder blofs eine oder mehrere, von der Einlassung befreyende Einreden, oder eine blofse Einlassung, oder die Einlassung in Verbindnng mit zerstörlichen Einreden, in *einer* deducirenden Ausführung vorgetragen wird, — als zusammengesetzte, wenn verschiedenartige Einreden vorgetragen, oder die Einlassung, mit oder ohne zerstörliche Einreden, an die verzögerlichen Einreden geknüpft wird. Was die Ordnung betrifft, in welcher die mehreren verzögerlichen oder zerstörlichen Einreden zu verbinden sind, so ist diese im Ganzen ziemlich willkührlich, doch wird es der natürlichen Ordnung am

besten entsprechend seyn, wenn man, bey den Gerichtsstand ablehnenden, andere verzögerliche Einreden, nebst einer Einlassung, vortragen *will*, jene allem anderen vorauszuschicken, weil, wenn jene nicht verworfen werden können, sie alsdann alles übrige unnöthig machen.

§. 174.

Einige Vorsichtsregeln bey dem Vortrage der Antwort des Beklagten.

1.) Alle Einreden, durch welche sich der Beklagte selbst einer eventuellen Einlassung entziehen will, beweise er gleich; damit ihn nicht, nach der Analogie der Gesetze (a), Strafe treffe, oder ihm doch wenigstens die Kosten des verzögerten Processes zur Last fallen. Alle bloſs dilatorische Einreden beweise er, ehe zu dem ersten Urtheile geschritten wird, denn wenn man auch nicht mit der gemeinen Meinung (b) als gewiſs behaupten könnte, daſs sie der Richter sonst, als völlig unwirksam, unbeachtet lassen könne (c), so ist doch so viel gewiſs, daſs man sich sonst leicht in un-

(a) *J. R. A.* §. 40.

(b) *Danz* §. 169. *u. die das. angef.*

(c) *Martin* §. 107. *not. n.*

nöthige processualische Weitläufigkeiten verwickeln könne.

2.) Der Beklagte gebrauche keine Einrede, wie es hier und da Sitte ist, als bloſse Formalität, am wenigsten aber suche er dasjenige, was im Grunde gänzliche oder theilweise Abläugnung des Klagegrundes ist, in der Form von Einreden darzustellen. Wer es weiſs, wie schwer es ohnehin öfters ist, den Beweis richtig zu reguliren, — wird es gewiſs thörigt finden müssen, wenn man den Richter selbst noch irre zu führen sucht.

3.) Ist die Geschichtsdarstellung in der Klage so unrichtig und verstellt, daſs der Beklagte glaubt, der Richter werde, auch bey der genauesten Einlassung, dennoch eine ganz falsche Vorstellung von dem eigentlichen Vorgange erhalten, so ist es räthlich, der Einlassung eine richtige Darstellung der Geschichte vorauszuschicken, welches aber keineswegs von der wirklichen Einlassung befreyen kann.

4.) Läugnen wider besseres Wissen ist selbst nicht der Klugheit gemäſs, indem die Gesetze an mehreren Orten empfindliche Nachtheile mit demselben verknüpft haben (a).

(a) *Die Fälle siehe bey* Wehrn *Grundriſs der Lehre von gerichtlichen Einwendungen* §. 60.

5.) Uebrigens ist es kein Widerspruch, mit einer negativen Einlassung zerstörliche Einreden zu verbinden, denn, wenn diese auch nur unter der Voraussetzung der Einräumung der Klage gedacht werden können, so ist doch nichts dagegen, sie als *eventuelle* Schutzmittel gegen die Klage, wenn diese bewiesen seyn würde, zu betrachten, und dieſs ist der Gesichtspunkt, von welchem unsre Gesetze ausgehen, wenn sie in der Vorschützung der Einrede *an sich* keine Einräumung der Klage finden (a).

Da indessen nach dem J. R. A. der Beklagte nur affirmativ, nicht *negativ* sich *generell* und *implicite* auf die Klage einlassen *darf*, die *in contumaciam* fingirte *generelle negative* Einlassung aber den Verlust der Einreden zur Folge hat; so kann man, nach diesem Gesetze, den Willen dessen, welcher *bloſs*, ohne sich über die Klage zu erklären, eine gemeine (b) zerstörliche Einrede vorschützt, nicht

(a) *XLIV. 1. fr. 9. „non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur“ Cod. VIII. 36. const. 9. II. 25. X. c. 6.*

(b) *Von Proceſshindernden Einreden wird unten gehandelt.*

nicht anders, als auf eine *allgemeine, stillschweigende, bejahende* Einlassung gerichtet betrachten (a).

§. 175.

Verfahren, wenn der Beklagte nicht antwortet.

Wenn der Beklagte gar nicht antwortet, so fallen ihm, wenn der versäumte Termin ein dilatorischer war, die verursachten Kosten zur Last (§. 129.), und es wird ein weiterer Termin zur Einlassung angesetzt. War hin-

(a) *Gönner Handb. I. 13. Dagegen Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden n. 15. Warum liegt darinn, daſs der von dem vermeintlichen Intestaterben in Anspruch genommene Besitzer der Erbschaft sich bloſs darauf beruft, daſs er Testamentserbe seye, — kein Anerkenntniſs der Intestaterben - Eigenschaft des Klägers? Ich glaube dieſs, nicht aus dem von Gönner §. ult. angeführten Grunde, sondern darum, weil der Beklagte hierdurch im Grunde sagt: gegen mich kannst du nicht hereditatis petitionem simplicem, sondern nur qualificatam anstellen. Es ist sonach hier keine wahre exceptio, sondern Abläugnung der, für die hereditatis petitio simplex stillschweigend vorauszusetzenden Besitzesqualität des Beklagten vorhanden.*

gegen der Termin ein peremtorischer, so wird, nach vorhergegangener Ungehorsamsanklage (§. 130.), die Einlassung für verneinend geschehen angenommen, alle mit der Einlassung bey Strafe des Verlustes zu gebrauchenden Einreden gehen verlohren, und der Kläger wird zum Beweise seiner Klage zugelassen (a). Nur wenn der Beklagte ein solcher ist, dessen Geschäfte andere besorgen *müssen*, kann nicht gegen ihn, als einen Ungehorsamen, verfahren werden, sondern der Richter muſs diejenigen, welche für denselben zu sorgen haben, zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten durch Zwangsmittel anhalten (b).

§. 176.

Richterliche Prüfung und Verfügung auf die Antwort des Beklagten.

Bey der Prüfung der Antwort des Beklagten durch den Richter, zur Vorbereitung seiner rechtlichen Verfügung, werden folgende Rücksichten als entscheidend betrachtet werden können.

(a) *V.* 1. *fr.* 73. *Cod. III.* 1. *const.* 13. *ʃ.* 3. *K. G. O. III.* 43. *ʃ.* 4. *J. R. A. ʃ.* 36.

(b) *II.* 3. *D. fr. un. ʃ.* 2. *K. G. O. a. a. O. ʃ.* 6. *Dep. A.* 1600. *ʃ.* 95. *Gönner zu Danz n.* XXXV.

I.) In Ansehung der Sachprüfung:

1.) Wenn der Beklagte solche Fehler des Libells, welche (nach §. 169) die Einleitung des Processes hätten hindern sollen, sey es in dilatorischen Einreden oder in der Einlassung, gerügt hat, so wird der Richter, wenn er diese Rüge gegründet findet, nun noch die, nach §. 169. zu treffenden Verfügungen nachholen, welche aber nun schon als, von der Sache, oder der Instanz absolvirende Sentenzen erscheinen.

2.) Ist dieses nicht, so prüft der Richter zuerst die dilatorischen Einreden. Findet er diese sogleich ohne Zweifel gegründet, so legt er die Abhülfe derselben sogleich dem Kläger, mittelst eines, die Antwort des Beklagten *zur Nachricht* mittheilenden *Decretes* (a), auf. Ausser diesem Falle veranlassen die verzögerlichen Einreden izt noch kein Decret, es sey denn, daſs der Beklagte durch unzweifelhaft ungegründete Einreden dieser Art sich selbst von der eventuellen Einlassung zu befreyen gesucht habe, wo dann, mit Verwerfung der un-

(a) *Dieses hat keine Wirkung der Sentenz, sondern ist einem Mandate gleich und läſst die exceptionem sub- et obreptionis zu.*

statthaften Einrede, dem Beklagten ein neuer Termin zur Einlassung bestimmt wird (a).

3.) Sodann prüft er die unbedingte oder bedingte Einlassung. Ist diese, in so ferne sie verneinend ist, nicht speciell abgefaſst, so decretirt er die Zurückgabe der Antwort mit der Auflage einer bestimmteren Einlassung bey Vermeidung der Contumacialfolgen.

4.) Endlich prüft er die zerstörlichen (b) Einreden, welche Prüfung indessen nur dann schon izt eine besondere Verfügung veranlaſst, wenn die Facten, worauf die Einrede sich gründen muſs, nicht vollständig angeführt sind. In diesem Falle wird die bestimmte Angabe dieser Facten, wie bey n. 3., dem Beklagten zuförderst aufgegeben.

II.) In Ansehung des Vortrags und der Form wird unter den nämlichen Voraussetzungen, wie bey der Klage (§. 169.), die Zurückgabe zur Verbesserung, jedoch mit einem kurzen Termine, bey Vermeidung der Contumacialfolgen, decretirt.

(a) *Zugleich muſs aber der Beklagte in Strafe wegen der muthwilligen Verzögerung des Processes genommen werden. J. R. A. §. 40.*

(b) *Von den Proceſshindernden kann erst unten gehandelt werden.*

Findet keine der bezeichneten Verfügungen Statt, so wird die Antwort dem Kläger zur Gegenerklärung (Replik) mitgetheilt (a).

§. 177.

Replik.

Aus demselben Grunde, aus welchem man von dem Beklagten eine Einlassung auf das, was den Angriffen des Klägers zum Grunde liegt, verlangt, wird man dasselbe von dem Kläger in Ansehung der Einreden des Beklagten, bey welchen dieser der angreifende Theil ist und in so ferne als Kläger betrachtet wird, verlangen; — und eben so, wie man es dem Beklagten zugesteht, die Angriffe des Gegners durch entgegengesetzte zu vernichten, oder doch vor der Hand von sich zu entfernen (durch Einreden), eben so wird man dieses dem Kläger in Ansehung der Angriffe des Beklagten zugestehen müssen, woraus denn Einreden gegen die Einreden entstehen, welche in den Gesetzen unter

(a) *Jedoch nur, wenn die Antwort des Beklagten eine andere Geschichtserzählung, oder eigentliche Einreden enthält. Bey einer bloſs negativen Einlassung würde die Replik keinen Zweck haben. Es folgt daher alsdann gleich das Beweisinterlocut.* Sieber *ger. Proc.* §. 693. Martin §. 111. *not. q.*

dem Namen der *Replicationen* vorkommen (a). Indessen hat man diesen Namen, so wie den der Exceptionen bald mifsbraucht, und unter demselben nicht nur zugleich die Einlassung auf die Einreden des Beklagten mit verstanden, sondern auch, nachdem es einmal Mode geworden war (b), in dem ordentlichen Processe die Antwort des Beklagten, selbst wenn sie keine Einreden enthielte, dem Kläger zur Gegenerklärung mitzutheilen, diese ganze Erklärung unter dem Namen der *Replik* begriffen. Die Replik, in diesem Sinne genommen, enthält daher, sobald die Antwort des Beklagten eine Einlassung auf die Klage enthielte, nothwendig eine Erklärung über diese, sobald die Antwort Einreden des Beklagten aufstellt, nothwendig eine Einlassung auf diese, immer aber nur zufälliger Weise eigentliche Repliken. Sie ist daher bald eine einfache, bald eine zusammengesetzte Deduction, welche, in so ferne sie die Einreden des Beklagten beantwortet, nach den nämlichen Regeln, wie die Antwort des Beklagten, in so ferne sie eine Erklärung über die Einlassung

(a) *IV.* 13. *J. XLIV.* 1. *fr.* 22. *§.* 1. „*Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.*"

(b) *Die allgemeine Sprache unsrer Gesetze ist hieran selbst Schuld. J. R. A. §.* 45. 46. 55. 81.

des Beklagten ist, mit Rücksicht auf diese, als eigentliche Gegendeduction gearbeitet wird.

§. 178 *a.*

Einige Vorsichtsregeln bey der Verfertigung dieser Arbeit.

1.) Da diese Arbeit Gegendeduction ist, so beobachte man, so viel es möglich ist, dieselbe Ordnung, welche in der Antwort des Beklagten beobachtet worden ist. Nur wenn die Gesetze der Ordnung von dem Beklagten gänzlich mit Füſsen getreten worden sind, so entferne man die dadurch möglicher Weise zu bewirkende Verwirrung des Processes, indem man sich vor allen Dingen die Antwort des Beklagten in die gehörige Ordnung bringt, und nach dieser seine Gegenerklärung einrichtet.

2.) Hat der Beklagte sich in der Antwort von der Einlassung auf die Klage zu befreyen gesucht, so richte man, indem man die Verwerflichkeit der, zur Bewirkung dieser Befreyung gebrauchten Gründe zeigt, sein Gesuch genau auf die Verfügung, welche der Richter, unter Voraussetzung dieser Verwerflichkeit, hätte erlassen sollen (§. 176).

3.) Gegründete verzögerliche Einreden des Beklagten beseitige der Kläger entweder so-

gleich, oder erbiete sich doch wenigstens zu dieser Beseitigung; von den übrigen zeige er die Verwerflichkeit, und bitte dieser Ausführung gemäſs, daſs der Beklagte, seiner Einwendungen ungeachtet, sich pure einzulassen schuldig sey.

4.) Bey der Einlassung vergesse er nicht, wesentliche Mängel derselben ins Licht zu setzen, und, der in diesem Falle nothwendigen richterlichen Verfügung gemäſs (§. 176.), zu bitten, Widersprüche derselben, so viel es möglich ist, zu seinem Vortheile zu benutzen; die Geständnisse des Klägers anzunehmen (a), die abgeläugneten Punkte hingegen auf den künftigen Beweis auszustellen, wenn er nicht sogleich Beweise derselben liefern will, welches die Getetze zu verlangen scheinen (b), ob es gleich bey dem Zeugenbeweise nicht als räthlich betrachtet werden kann.

5.) Am Ende ist es, weil die Replik in der Regel die letzte Handlung des Klägers in dem ersten Verfahren ist, räthlich, bedingt zum richterlichen Spruche zu hintersetzen, wor-

(a) *Nothwendig ist es darum aber nicht. XLII. 2. D. fr. 6. §. 3.*

(b) *J. R. A. §. 45 — 49.*

auf das der Ausführung gemäſse Gesuch folgt, welches, wenn es mit dem in der Klage übereinstimmt, nur beziehungsweise auf dieses ausgedruckt zu werden braucht.

§. 178 b.

Von den Positionen oder Satzstücken.

6.) Uebrigens hat der Kläger, wenn der Beklagte sich nicht *gehörig* eingelassen hat, auch noch ein anderes, vor der eingeführten Verbindlichkeit zur speciellen Einlassung sehr gewöhnliches, aber auch nachher noch in Fällen, wo diese Verbindlichkeit nicht erfüllt worden, gesetzlich erlaubtes (a) Hülfsmittel an den *Positionen.* Man versteht darunter kurze, in Artickelsform gefaſste Fragen *über diejenigen Thatumstände*, auf welche der Gegentheil sich bestimmt hätte erklären können und *sollen* (b), und welche der eine Theil (Ponent) zu dem Ende übergiebt, um den andern (Ponat), nach vorher von beyden Theilen abgeleisteten Eide für Gefährde (iuramentum dandorum et respondendorum), darüber abzuhören.

(a) *J. R. A.* §. 41. 49.

(b) *Der Beklagte kann sich daher der Positionen eben so gut in Ansehung seiner Einreden, der Kläger in Ansehung der Replicationen u. s. w. bedienen.*

Viele Procefsordnungen haben diese processualische Handlung ganz aufgehoben, auch fällt sie überall, wo der Richter seine Pflicht erfüllt (§. 176 n. 3.), oder wo der Kläger noch in der Replik den Richter zu dieser Pflichterfüllung auffordert (vorherg. §. n. 4.), als unnöthig hinweg; wenn aber beydes nicht geschehen ist, oder gar der Richter in Thatsachen noch nicht begründete Klagen oder Einreden zugelassen hat, so bleiben sie immer ein wichtiges Hülfsmittel, um Bestimmtheit in ein verdorbenes Verfahren zu bringen und die Facten für den Beweis zn fixiren.

Ueber die Zulässigkeit der Positionen überhaupt und jeder einzelnen Frage entscheidet der angegebene Begriff und es ist nur noch zu bemerken, dafs die Verweigerung der Antwort des Ponaten für *Einräumung* der Frage gehalten werden soll (a).

§. 179.

Verfahren, wenn der Kläger sich nicht auf die Antwort des Beklagten erklärt.

Wenn der Kläger die verlangte Erklärung auf die Antwort des Beklagten gar nicht übergiebt, so hat der Beklagte, sobald der peremto-

(a) *Ueberh. vergl.* *Sieber ger. Proc.* §. 694—703.

rische Termin von dem Kläger versäumt worden ist, und er aus dessen Ungehorsam Vortheil ziehen will, die Wahl, ob er den Procefs von seiner Seite zu Ende bringen will, oder nicht. In diesem Falle kann ihm die gebetene Lossprechung von der Instanz nicht versagt werden. In dem ersteren Falle hingegen mufs zwar auf das Gesuch des Beklagten immer die Einlassung auf die Einreden verneinend geschehen angenommen, und der Kläger als seiner eigentlichen Replicationen, in so ferne sie mit der Einlassung zugleich vorgebracht werden mufsten (a), als verlustig betrachtet werden, was aber nun zur Fortsetzung des Processes selbst gebeten und verfügt werden müsse, hängt davon ab, ob die Antwort des Beklagten eine Einlassung, und dann, ob sie eine verneinende oder bejahende Einlassung enthalten hatte. Hatte der Beklagte sich nicht eingelassen, so mufs er bitten, dafs, seinem Gesuche gemäfs, nun über die von der Einlassung befreyenden Einreden (b) erkannt werde, worauf denn Absolution

(a) *Die Verordnungen, welche von den Einreden des Beklagten reden, müssen nämlich durchaus analogisch auch auf die eigentlichen Replicationen, Duplicationen etc. bezogen werden.*

(b) *Ich rede hier nicht von den Procefshindernden.*

von der Instanz, oder, mit Verwerfung der Einrede, Ansetzung eines neuen Termins zur Einlassung erfolgt. Hatte sich der Beklagte verneinend eingelassen, so muſs er bitten, daſs dem Kläger nun der Beweis seiner Klage auferlegt werde. Hatte sich endlich der Beklagte, mit Vorschützung zerstörlicher Einreden, bejahend eingelassen, so muſs er, zu dem Beweise seiner zerstörlichen Einreden zugelassen zu werden, bitten, worauf alsdann nach der Ordnung weiter verfahren wird.

§. 180.

Richterliche Prüfung der Replik und Verfügung darauf.

Das, worauf bey der Replik der Richter vorzüglich sein Augenmerk richten muſs, ist die Antwort des Klägers auf die Einreden des Beklagten, wobey seine Prüfung und Verfügung durchaus nach den oben (§. 176.) angegebenen Bestimmungen eingerichtet werden muſs. In Ansehung dessen, was der Kläger auf die Einlassung des Beklagten erklärt, hat der Richter nur darauf zu achten, daſs dadurch keine Verwirrung in dem Processe begründet werde. Sobald nun die Replik nicht verworfen werden kann, so muſs sie, nach dem miſsverstandenen Grundsatze: daſs dem Beklagten das letzte

Wort gebühre, einem Grundsatze, welcher allgemein in dieser ungegründeten Auslegung als solcher aufgenommen worden ist, dem Beklagten, selbst wenn darinn keine eigentliche Replicationen enthalten wären, zur Erklärung (Duplik) mitgetheilt werden, ausgenommen wenn der Beklagte in seiner Antwort *bloſs* verzögerliche Einreden vorgebracht hatte, in welchem Falle immer mit der Replik geschlossen und nun über diese Einreden erkannt werden muſs.

§. 181.

Duplik.

Diese zweyte Antwort des Beklagten, in welcher von ihm in der Regel gleichfalls zum richterlichen Spruche hintersetzt wird, kann eben so sehr und auf eben so viele Arten, wie die Replik des Klägers, eine zusammengesetzte Deduction seyn. Wenn sie alles, was sie ihrer Natur nach enthalten kann, wirklich enthält, so findet man in ihr folgende Bestandtheile: 1.) eine Erklärung über dasjenige, was der Kläger auf die Einlassung des Beklagten bemerkt hat, worinn der Ungrund dessen, was der Kläger gegen dieselbe angeführt hat, gezeigt, oder, daſs der Kläger die Richtigkeit derselben habe anerkennen müssen, angenommen wird. 2.)

Eine Erklärung über die Einlassung des Klägers auf die Einreden des Beklagten, welche eben so eingerichtet wird, wie die Erklärung des Klägers über die Einlassung des Beklagten auf die Klage. 3.) Eine Einlassung des Beklagten auf die eigentlichen Replicationen des Klägers, welche allenfalls durch den Gebrauch neuer Einreden gegen dieselben, die man eigentliche *Duplicationen* nennt (a) zerstört werden können. Dieser Theil der Duplik wird nach denselben Regeln bearbeitet, wie *der* Theil der Replik, worin die Einlassung des Klägers auf die Einreden des Beklagten nebst den eigentlichen Replikationen vorgetragen wird. Eigenes ist mithin von dieser Arbeit nichts zu bemerken, indem alles, was von ihr gesagt werden kann, nur eine Wiederholung der bisher vorgetragenen Regeln seyn müſste.

§. 182.

Verfahren, wenn der Beklagte bey der Duplik ungehorsam ist.

Wenn der Beklagte den zur Einbringung der Duplik angesetzten peremtorischen Termin verstreichen läſst, so hat die, auf die Bitte des Klägers, Statt findende Ausschliessung desselben

(a) *IV.* 13. *Inst. XLIV.* 1. *D. fr.* 2.

mit dieser Verhandlung, dem bisherigen nach, die Folge, daſs die Einlassung auf die eigentlichen Replikationen des Klägers für verneinend geschehen, und der Beklagte des Gebrauches der an diese Einlassung gebundenen Duplikationen für verlustig betrachtet werden muſs; übrigens muſs der Kläger, wenn der Beklagte sich auf die Klage verneinend eingelassen hatte, nun, zum Beweise seiner Klage zugelassen zu werden, bitten; wenn hingegen jene Einlassung bejahend geschehen war, sein Gesuch dahin richten, daſs dem Beklagten nun der Beweis seiner zerstörlichen Einreden auferlegt werde.

§. 183.

Richterliche Prüfung der Duplik und Verfügung auf dieselbe.

Aus den angegebenen Bestandtheilen der Duplik ergiebt sich zugleich, nach welchen Gesichtspunkten der Richter diese Arbeit zu prüfen, und was er, als Resultate dieser Prüfung, zu verfügen habe. (§. 180. 176. 169.) Nur allein dieses verdient daher hier noch einer Bemerkung; daſs wenn die Duplik weder ganz, noch zum Theil, verworfen werden könne, nun in der Regel das erste Verfahren, selbst wenn die Partheien nicht zum richterlichen Spruche hinter-

setzt hätten, dennoch für *beschlossen* und die Sache mithin, als zu einem Erkenntnisse reif, erklärt werden müsse (a), weswegen nun die Duplik dem Kläger bloſs *zur Nachricht* mitgetheilt und Termin zur Anhörung der Eröffnung des Erkenntnisses angesetzt werden muſs. Es giebt indessen Ausnahmsweise Fälle, wo der Richter sowohl von Amtswegen weiteres Verfahren verfügen, als auch auf Ansuchen der Parthieen den Actenbeschluſs wieder aufheben muſs.

§. 184.

Von den Ausnahmen, in welchen noch nach der Duplik Verhandlungen Statt finden.

Die Regeln, welche hier entscheiden, sind diese:

1.) So oft, als in der lezten Handlung, mit welcher eigentlich geschlossen werden soll, sey es nun die Duplik oder eine der Ausnahmsweise gestatteten folgenden Schriften, auf neue vorgebrachte *Thatumstände* neue Angriffe gegründet worden sind (eigentliche Duplicationen Quatruplicationen etc.), so muſs auf diese aus dem-

(a) *J. R. A. §.* 55

demselben Grunde, aus welchem man auf die Klage eine Einlassung erfordert, eine Erklärung des Gegentheils sowohl von Amtswegen verlangt, (a) als auch auf Bitten dieser Gegenparthie, mit Aufhebung des etwa geschehenen Beschlusses der Sache, verstattet werden.

2.) Sobald eine der Parthieen neue Thatumstände, welche zur Begründung der Klage, oder der Einreden, Repliken etc. gehören, nach dem Beschlusse der Sache erst entdeckt, oder in Erfahrung bringt, so muſs auf ihr Gesuch, nach vorheriger eidlichen Bescheinigung dieser neuen Entdeckung, in Ermangelung anderen Beweises, der geschehene Actenbeschluſs aufgehoben (b), und eine weitere Verhandlung gestattet werden.

3.) Sobald dem Kläger aus den angeführten Gründen eine weitere Verhandlung (es sey nun Triplik, Quintiplik, Sextiplik etc.) gestattet

(a) *Aus keinem anderen Grunde kann bey einem ordentlich geführten Processe eine Verstattung weiterer Verhandlungen von Amtswegen Statt finden. Aufgabe der Beybringung von Rissen, Stammbäumen etc. bewirkt keine solche weitere Verhandlungen.*

(b) *J. R. A.* §. 78. 81.

werden mufs, so wird, aus Mifsverstand des §. 180. angegebenen Grundsatzes, allgemein angenommen, dafs nun dem Beklagten, ohne dafs eine besondere Verstattung hierzu nothwendig wäre, das Recht, auf diese weitere Verhandlung gleichfalls weiter zu verhandeln, gebühre, ohne Unterschied, ob der Kläger in dieser weiteren Verhandlung Thatumstände vorgebracht habe, auf welche eine Einlassung nothwendig sey, oder nicht.

Uebrigens bedarf es keiner besonderen Regeln für die Verfertigung dieser weiteren Verhandlungen, da sie im Inneren sowohl, als im Aeufseren, mit den bisherigen Verhandlungen vollkommen übereinkommen.

§. 185.

Vom Urtheile nach dem Schlusse des ersten Verfahrens.

Wenn der Richter, während der bisherigen Verhandlungen, die gehörige Prüfung jeder einzelnen Arbeit (Satzes) nicht vernachläfsigt und jedesmal die angegebenen zweckgemäfsen Verfügungen erlassen hat, (a) so kann es nicht

(a) *Wo dieses nicht geschehen ist, da müssen freilich nun, anstatt eines Urtheils in der*

fehlen, daſs nun bey dem Schlusse dieser Verhandlungen, wo nicht gleich der Rechtsstreit endlich entschieden, doch wenigstens mit der grösten Genauigkeit müsse bestimmt werden können, was unter den Parthieen noch als streitig zu betrachten, mithin von einer oder der andern weiter zu beweisen sey. Ist die Sache, entweder weil die Parthieen gar nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit von Thatumständen stritten, oder weil sie, ohne eine Beweisregulirung abzuwarten, schon unaufgefordert Beweise geführt haben (§. 166. 3.), zu einer endlichen Entscheidung reif, so wird nun sogleich entweder lossprechend, oder verdammend gesprochen. Jedoch ist hierbey zu bemerken, 1.) daſs, wenn verzögerliche Einreden des Beklagten in dem Falle, wo in der Hauptsache ein verdammendes Urtheil erfolgen muſste, als gegründet erklärt werden müssen (denn ungegründete, oder durch das Urtheil unnöthig gemachte werden am besten stillschweigend verworfen), das Urtheil in der Sache eben so und mit derselben Wirkung *bedingt* der Ent-

Sache, izt erst dergleichen Verfügungen erlassen werden.

scheidung über die Einrede angehängt werden müsse, wie die Einlassung der Vorschützung dieser Einrede in der Antwort des Beklagten. 2.) Dafs darum, weil eine Parhie schon in diesen ersten Verhandlungen (deren eigentlicher Zweck Bestimmung des Streitsatzes ist) unaufgefordert, aber vergebens, einstweilige Beweise versucht habe, das Recht derselben zu einer förmlichen Beweisführung nicht verlohren sey, mithin in diesem Falle entweder nicht endlich, oder doch nur mit *Nachlassung* eines besseren Beweises, endlich gesprochen werden könne (§. 141 b. §. 166. n. 3).

§. 186.

Fortsetzung. Beweisinterlocut.

Sobald der Rechtsstreit noch nicht zu einer rechtlichen Entscheidung reif ist, so mufs nun durch ein richterliches Erkenntnifs, nebst der Verfügung über die verzögerlichen Einreden, vor allen Dingen der, zur Aufklärung der Sache nöthige Beweis festgesetzt werden. Da von diesen Beweisinterlocuten die Zweckmäfsigkeit des ganzen übrigen Verfahrens und zugleich die endliche Sentenz mit Nothwendigkeit abhängt, so kann in Ansehung ihrer

dem Richter kaum genug Sorgfalt empfohlen werden, nicht nur damit nicht denjenigen etwas zu beweisen auferlegt werde, welchen den Gesetzen nach keine Verbindlichkeit zu beweisen obliegt (§. 80.), sondern auch vorzüglich, damit gerade dasjenige, was in der Sache bewiesen werden muſs (Beweisthema), mit der höchsten Bestimmtheit und weder zu viel noch zu wenig als Gegenstand des Beweises festgesetzt werde. Was diese genaue Bestimmung des Beweises betrifft, so ist zwar so viel ausser Zweifel, daſs dieselbe durch dergleichen allgemeine Ausdrücke, wie: Kläger solle den Grund seiner Klage, Beklagter den Grund seiner Einreden erweisen etc., nicht erreicht werden könne; aber auch die von vielen als die vorzüglichere angegebene (a) Methode: den Beweissatz so zu bestimmen, daſs man ihn allein auf die Verbindlichkeit, auf die einseitige Handlung oder den Vertrag, worauf sich das behauptete Recht gründet, oder auf das behauptete dingliche Recht im allgemeinen richten solle, so daſs man dem Beweis-

(a) *Tevenar Theorie der Beweise im Civilprocesse. S. 170. 173. Nach ihm Danz a. a. O. §. 233. und Gönner zu Danz a. a. O. n. XVIII.*

führer die Wahl lieſse, die Gründe, Begebenheiten und Facta, woraus diese Behauptungen folgten, näher anzuzeigen, scheint nicht nur dieselben Gründe, aus welchen die erstere Methode verwerflich ist, sondern, weil durch sie häufig der Beweissatz noch unbestimmter gelassen wird, als durch die erstere, noch mehrere gegen sich zu haben (§. 166. n. 4). Am besten und der Natur der Sache am gemäſsesten ist es daher, wenn man das Beweisthema auf diejenigen (nach §. 80.) eines Beweises bedürftigen Behauptungen, durch welche die Parthie ihre Ansprüche, unter der Voraussetzung der Wahrheit derselben, zu begründen gesucht hat, aber nur *in so ferne sie diese auch wirklich begründen* (a), bestimmt richtet. — Immer muſs das Beweisinterlocut einen, nach dem, durch die Umstände zn bestimmenden Ermessen des Richters (wo keine gesetzlichen Vorschriften vor-

(a) *Das Lächerliche der von Tevenar angeführten Beyspiele schwindet, wenn man bedenkt, daſs diesemnach der Beweissatz 1.) weder auf Behauptungen, aus welchen die angegebene Folge nicht nothwendig flieſst, noch 2.) auf irrelevante Umstände eines zu beweisenden Thatumstandes gerichtet werden kann.*

handen sind) festzusetzenden Termin enthalten, binnen welchem die Beweisführung angefangen werden solle. Diese *Beweisfrist* wird als eine richterliche Nothfrist (§. 127. a.) d. h. als eine ihrer Natur nach peremtorische betrachtet, wodurch aber das Recht des Richters, auch sie aus hinlänglichen Gründen, auf Ansuchen, vor dem Ablauf derselben, zu erstrecken, eben so wenig abgeläugnet (a) als dadurch der allerdings gegründeten gemeinen Behauptung, daſs der Beweis durch Augenschein und Kunstverständige, in Ansehung dessen man allein ein Verfahren des Richters von Amtswegen annimmt, an den Beweistermin nicht gebunden sey (b), widersprochen wird. Der Termin wird von dem Tage an berechnet, wo das Beweisinterlocut in Rechtskraft übergangen ist, wenn anders nicht nach dem Innhalte des Erkenntnisses, worin es enthalten ist, von *einem Anderen*, als dem Beweisführer, vorher etwas bestimmtes gesche-

(a) *J. R. A.* §. 50. 54.

(b) *Danz a. a. O.* §. 262. *u. d. das. angeführten Schriftsteller. Jedoch möchte ich dieses nicht, wie Danz u. andere, auch von der Eideszuschiebung behaupten.*

hen soll, in welchem Falle auch dieses nothwendig vorher erst erfüllt (das Interlocut purificirt) seyn muſs (a).

§. 187.

Fortsetzung.

Man bemerke übrigens

1.) daſs, wenn der Richter aus der Lage der Sache gewiſs ist, daſs durch einen Augenschein, oder Besichtigung durch Kunstverständige das ganze Beweisthema erschöpft werden müsse, er keineswegs durch ein Beweisinterlocut, welches hier nur unnütze Weitläufigkeit verursachen würde, eine förmliche Beweisführung zu veranlassen habe, sondern daſs er hier vielmehr diese Beweismittel (die einzigen, in Ansehung welcher dieses behauptet werden kann) von Amtswegen gebrauchen, und sodann gleich endlich sprechen müsse.

2.) Daſs, wenn schon die Beweisführung über das ganze Beweisthema angetreten, aber noch nicht über die bestrittene Zulässig-

(a) *J. Chr. Koch diss. de initio termini probatorii. Giss.* 1755. *Von den Wirkungen eines eingewendeten Rechtsmittels wird unten geredet.*

keit der gebrauchten Beweismittel erkannt worden seye, alsdann, falls diese Beweismittel unzulässig erscheinen sollten (a), mit dem Beweisinterlocute das Verwerfungsdecret in Ansehung jener verbunden werden müsse.

3.) Daſs dem Gegentheile des Beweisführers das Recht, Gegenbeweis zu führen, in dem Urtheile *vorbehalten* werden müsse, wiewohl dieses auch, wenn es nicht ausdrücklich geschieht, als stillschweigend geschehen angenommen wird (§. 96.). Der Gegenbeweis ist übrigens, wenn der Richter nicht, was immer geschehen sollte, sogleich in dem Beweisinterlocute, oder doch nach geführtem Beweise, einen Termin für denselben ansetzt, bis zum Beschlusse der Sache zulässig, den Fall ausgenommen, wo gegen den durch Zeugen geführten Beweis, gleichfalls durch Zeugen eigentlicher Gegenbeweis geführt werden soll, indem hier mit der Eröffnung des Zeugenrotulus, wogegen mithin der Gegenbeweis-

(a) *denn sind die Beweismittel zulässig, so kann nur das weitere anticipirte Beweisverfahren eingeleitet, keineswegs aber damit eine Beweissentenz verknüpft werden.*

führer protestiren mufs, das Recht auf den Gegenbeweis erlöscht (a).

Alles dieses ist indessen nicht auf den sogenannten *indirecten Gegenbeweis* anzuwenden. Dieser ist

1.) nicht an den gesetzlichen Gegenbeweistermin gebunden, sondern mufs, wenn er binnen diesem Termine nicht angetreten worden, nothwendig in dem Endurtheile *nachgelassen* werden (§. 141 b.), und wenn er auch

2.) wirklich, während des Gegenbeweistermins, angetretten worden ist, so kann er doch nicht anders, denn als *anticipirter Beweis der Einrede* betrachtet werden, und es ist alsdann, wenn dieser Anticipationsversuch fruchtlos gewesen ist, in dem Endurtheile *besserer* Beweis nachzulassen (b).

(a) *Nov.* 90. *c.* 4. *§.* 1. *II.* 20. *X. c.* 25.

(b) *§.* 97 *und der das. angeführte* Elsässer.

ZWEYTER ABSCHNITT.

Von dem förmlichen Beweisverfahren bis zu Ende der ersten Instanz.

§. 188.

Einleitung.

Da die Geständnisse (Einräumungen) der Partheien, der Bestimmung des bisher beschriebenen Verfahrens gemäſs, in diesem vorkommen müssen, bey dem förmlichen Beweisverfahren hingegen nur als Bestandtheile des Beweises durch andre benannte Beweismittel (durch Urkunden oder Eide) erscheinen, da ferner der Beweis durch Vermuthungen nur durch natürliche Folgerungen aus Thatumständen, welche mittelbar oder unmittelbar durch andere Beweismittel erwiesen werden, zu Stande gebracht wird, so ist es klar, daſs die Beweismittel, von welchen bey den förmlichen Beweis*führungen* allein die Rede seyn kann, sich auf den Augenschein, die Besichtigung durch Kunstverständige, den Zeugen -

Urkundenbeweis und die Eideszuschiebungen beschränken.

Welches von diesen verschiedenen Beweismitteln es aber sey, dessen sich der Beweisführer zu seinem Zwecke bedienen will; so lassen sich immer bey der förmlichen Beweisführung selbst, sie sey nun die Haupt- oder die Gegenbeweisführung, drey Abschnitte in dem Verfahren, als wesentlich von einander verschieden, bemerken. Bevor nämlich ein Beweismittel wirklich gebraucht werden kann, ist es nöthig, daſs vor allen Dingen der Beweisführer erkläre, sich dieses Beweismittels bedienen zu wollen, und daſs er den Richter, zur Einleitung des hierzu erforderlichen Verfahrens, auffordere. Dieses nennt man die *Antretung* des Beweises, oder auch, weil das zu gebrauchende Beweismittel hierdurch vor den Richter gebracht wird, die *Production*, wodurch sich die gewöhnlichen Bezeichnungen der Parthieen in dem Beweisverfahren durch die Namen: *Producent* und *Product* (bey Gegenbeweisführungen: *Reproducent* und *Reproduct*) erklären lassen. Sobald diese Production geschehen ist, muſs nicht nur der Richter von Amtswe-

gen prüfen, ob die producirten Beweismittel im Ganzen sowohl als im Einzelnen, der Natur der Sache und den Gesetzen nach, als Beweismittel *zulässig* seyen, sondern auch der Gegner kann durch seine Erklärungen über die Beweisantretung diese Prüfung, und die aus ihr abzuleitenden Verfügungen über *die Zulässigkeit* des angetretenen Beweises veranlassen. Diesen ganzen präparatorischen Abschnitt des Beweisverfahrens nennt man das *Productionsverfahren.* Nach der Beendigung dieses Theils des Verfahrens werden nun die für gültig erklärten Beweismittel wirklich, ihrer Natur gemäſs, gebraucht. Der Inbegriff der, hierzu erforderlichen Handlungen bildet den Theil des Beweisverfahrens, welcher unter dem Namen der *Beweisausführung* bekannt ist. Endlich wird über die Frage: in wie ferne durch die gebrauchten Beweismittel das Beweisthema erschöpft worden sey? oder über die *Zulänglichkeit* des geführten Beweises, in der Regel nach vorhergegangenen Verhandlungen der Parthieen (*Disputationssätze*), entschieden. Dieser Theil des Verfahrens führt den Namen des *Hauptverfahrens.*

Erster Unterabschnitt.

Von dem Productionsverfahren.

§. 181.

Von der Beweisantretung.

Die *Antretung des Beweises* geschieht (§. 188.), indem der Beweisführer die Mittel anzeigt, durch welche er jeden einzelnen, zur Erschöpfung des Beweisthemas gehörenden Punkt darzuthun gedenkt, und den Richter um Ansetzung eines Termins zum wirklichen Gebrauche der angezeigten Mittel bittet. Diese *Beweisschrift* (a) gehört daher offenbar auch zu den Bittschriften. Die Anführung dessen, was man, dem Beweisinterlocute gemäſs, zu erweisen habe, und die Anzeige, wie man dieses zu erweisen gedenke, können hier als die historischen Prämissen der Bitte betrachtet werden, welche weiter keiner juristischen

(a) *Die Rubrik dieser Schrift behält am besten die allgemeine Benennung: Beweisantretung bey.*

Begründung bedarf (§. 117.), es müfste denn der äufsere Schein gegen die Zulässigkeit der gewählten Beweismittel streiten, und zu befürchten seyn, dafs dieselben von dem Richter auf der Stelle verworfen werden möchten. Die Einrichtung der Bitte selbst wird bestimmt nach dem, bey dem Gebrauche der gewählten Beweismittel nothwendigen gesetzlichen Verfahren, welches selbst nach der Natur dieser Beweismittel, jedoch mit steter Rücksicht, dafs durch keinen Schritt den Rechten der andern Parthie Eintrag geschehe, bestimmt ist. So geht die Bitte, wenn ein Augenschein eingenommen werden soll, dahin: dafs ein Termin zur Einnehmung desselben angesetzt und der Product zur Beywohnung bey derselben eingeladen werde; so bey der gewählten Besichtigung durch Kunstverständige: dafs ein Termin zur Besichtigung, nach vorhergegangener Beeidigung der Kunstverständigen, angesetzt und der Product, zur Vorschlagung einiger Kunstverständigen von seiner Seite (a), und Beywohnung bey der Besichtigung ein-

(a) *wenn nicht die zu gebrauchenden Kunstverständigen gesetzlich bestimmt sind, in welchem Falle es nur zugleich bekannt gemacht wird, dafs diese zugezogen werden würden.*

geladen werde (a); so bey dem Zeugenbeweise: daſs die Zeugen zur Vereidung und Abhörung, der Product aber zur Beywohnung bey diesem Acte, vorgeladen werde; so bey dem Urkundenbeweise: daſs ein Termin zur Vorlegung der Originalurkunden (b) anberaumt und der Product (wenn nämlich Anerkennung nothwendig ist (§. 88.)) zur Anerkennung derselben *peremtorisch* vorgeladen wäre; so endlich bey Eideszuschiebungen: daſs dem Gegner, sich binnen einem bestimmten Termine über die Eideszuschiebung zu erklären, aufgegeben werde.

§. 190.

Fortsetzung. Beweisartikel. Fragstücke.

In dem ordentlichen Processe ist es auch dem Beweisführer *erlaubt*, bey dem Beweise durch Zeugen aber *nothwendig* (§. 132), Statt der Anzeige, wie er das Beweisthema darzuthun gedenke, der eben beschriebenen Beweisschrift eine Darstellung der einzelnen Punk-

(a) *sollen die Kunstverständigen bloſs ein Gutachten stellen, so fällt dieses natürlich hinweg.*

(b) *Der Antretung werden nur Copien beygelegt.*

Punkte, durch deren Erweis das Beweisthema erschöpft wird, in der Form von *Artikeln*, (deren jeder, nach alter Sitte, mit *Wahr* oder: *Nichtwahr* anfängt) beyzulegen. Bey jedem dieser Artikel muſs alsdann sogleich bemerkt werden, durch welches Beweismittel derselbe dargethan werden solle, worauf bey dem Urkundenbeweise noch am Schlusse, zur Vermeidung aller Verwirrungen, ein Verzeichniſs der gebrauchten Urkunden, welche im Originale, oder der Copie beygelegt werden, hinzugefügt wird. Nur bey dem Zeugenbeweise hat die Abfassung der Beweisartikel Eigenthümlichkeiten, indem hier dieselben strenge nach den Grundsätzen abgefaſst werden müssen, nach welchen die Verhöre einzurichten sind (a) (§. 132), erst am

(a) *Es ergiebt sich hieraus leicht, daſs unerhebliche, zu der Sache nicht gehörende und vage Artikel eben so sorgfältig vermieden werden müssen, als die sogenannten Schluſsartikel* (*art. illativi*), *die verneinenden und diejenigen, welche einen Rechtssatz enthalten. Freilich sollte hieraus auch folgen, daſs nicht* a l l e *einzelnen Umstände, über welche man die Aussage der Zeugen verlangt, in die Fragen gebracht werden dürften* (§. 132.); *da*

Ende aller Artikel aber eine genaue Bezeichnung der einzelnen Zeugen, (designatio testium) nebst der Bemerkung, über welche Artikel jeder derselben verhört werden solle (cum directio), beygefügt wird.

Weil es das Interesse des Producten erfordert, daſs die Zeugen *so* verhört werden, daſs man auch über die, nicht immer offenbaren Gründe der äusseren und inneren Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit ihrer Aussagen zu urtheilen im Stande ist, so muſs es demselben erlaubt seyn, zu den Artikeln einzelne Fragen (Fragstücke, interrogatoria) zu verfertigen, welche theils *allgemeine* sind, d. h. solche, wodurch vor allen Dingen Namen, Stand, Alter, Lebensart der Zeugen und andere Umstände, aus welchen über die Glaubwürdigkeit derselben geurtheilt werden kann, erforscht, und über welche eher, als über

aber eine solche Forderung zu erfüllen nicht möglich ist, so lange man es noch für nothwendig hält, alle Artikel mit Wahr und Nichtwahr anfangen zu lassen; so wird man sich begnügen müssen, von dem Verfasser solcher Artikel nur zu verlangen, daſs er nicht mehrere Umstände in einem und demselben Artikel zusammenhäufe.

die Artikel, verhört werden soll, theils *besondere*, welche zu jedem Artikel in der Absicht verfertigt werden, um über die wahre Bedeutung, den Umfang und die Gründe der einzelnen Aussagen zu den Artikeln bestimmter urtheilen zu können. Nur in Ansehung der ersteren kann es manchmal nothwendig seyn, ein *Directorium* den Fragstücken anzuhängen (a). Nie darf der Richter dulden, wenn er nicht alle processualische Regeln sträflich hintansetzen will, daſs durch die Fragstücke der Gegenbeweis zu führen gesucht werde, weswegen die sogenannten *gemeinen Fragstücke zur Sache* (interrogatoria praeliminaria) gänzlich verwerflich sind. Eben so wenig können in den Fragstücken bloſse Wiederholungen der Artikel und der eidlichen Betheurung gedultet werden.

Wegen dieses Rechts des Producten, Fragstücke zu den Artikeln zu übergeben, bekömmt die Bitte des Producenten bey dem

(a) *Die Artikel sowohl, als die Fragstücke bekommen in der Regel eine Ueberschrift, welche nach den Regeln von processualischen Rubriken eingerichtet wird.*

Zeugenbeweise (§. 189.) nun noch im Eingange den Zusatz: dafs die übergebenen Artikel dem Producten zur allenfallsigen (a) Einrei-

(a) *Der hierzu anberaumte Termin wird daher nur als ein monitorischer betrachtet. Es ist hierbey wohl zu bemerken, dafs der Richter, es mögen Fragstücke eingereicht worden seyn, oder nicht, auch vermöge seiner negativen Thätigkeit verpflichtet sey, durch Fragen an die Zeugen (interrogatoria ex officio) darauf bedacht zu seyn, dafs es nie an einem bestimmten Urtheile über die Glaubwürdigkeit der Zeugen überhaupt und dem Grad der Glaubwürdigkeit und Brauchbarkeit jeder einzelnen Aussage derselben fehlen könne. — Indessen ist doch das Recht des Producten zur Einreichung der Fragstücke nicht unwichtig, weil nicht nur leider! zu häufig die eben bezeichnete richterliche Amtspflicht vernachlässigt wird, sondern auch manches, was das Urtheil über die Glaubwürdigkeit des Zeugen bestimmt, dem Richter unbekannt seyn kann. Es ist daher auch keinem Zweifel unterworfen, dafs der Product, wenn ihm kein Termin zur Einreichung von Fragstücken anberaumt worden, oder der Richter die eingereichten zulässigen Fragstücke nicht berücksichtigt hat, das Zeugenverhör, wegen versäumter Formalität, als nichtig anfechten könne. Martin §. 148. not. v. II. 20. X. c. 2.*

chung von Fragstücken mitgetheilt werden, sodann etc.

§. 191.

Veränderungen des angetretenen Beweises.

So lange der Beweistermin noch nicht verstrichen ist, steht es immer dem Beweisführer frey, Veränderungen in Ansehung des angetretenen Beweises nach Belieben zu machen. Er kann Zeugen fallen lassen, kann andere vorschlagen, kann neue Artikel (Additional, Superadditionalartikel) übergeben, nur wenn er zum viertenmale über dieselben Artikel neue Zeugen vorschlageu wollte, verlangen die Gesetze, daſs er vorher eidlich den Verdacht der Gefährde von sich entferne (a). Die *Antretung* des Beweises hat daher *an und für sich* gegen den Producenten gar keine nachtheilige Folge. Der angetretene Beweis bleibt noch in jeder Hinsicht seiner Willkühr unterworfen. Dagegen beschränkt ihn der Ablauf des peremtorischen Beweistermins in so ferne, daſs er nun keine Facten, über welche er den Beweis nicht angetreten hat, mehr beweisen und keine, an den Beweistermin

(a) *Nov.* 90. *c.* 4. *II.* 20. *X. c.* 15.

gebundenen Beweismittel mehr gebrauchen kann (a). Selbst der Ablauf der Beweisfrist aber beschränkt den Producenten nicht in der Willkühr über die Beweismittel, mit welchen er den Beweis angetreten hat. Noch kann er diese fallen lassen, so lange sie noch nicht die *reelle* Production (§. 194) zu gemeinschaftlichen gemacht hat.

§. 192.

Richterliche Prüfung der Beweisantretung und Verfügung auf dieselbe.

Die angetretene Beweisführung muſs der Richter sorgfältig prüfen. Zuerst muſs er die

(a) *Der Natur der Versäumung zu Folge* (*§*. 130.), *kann indessen der Ablauf des Beweistermins nicht in Ansehung solcher Beweismittel praejudiciren, welche erst nachher aufgefunden werden, und es muſs, wenn ein Zufall den Beweisführer des, in der Beweisantretung angeführten Beweismittels beraubt* (*z. B. ein Zeuge stirbt*), *gleichfalls, mit Restitution gegen den abgelaufenen Beweistermin, verstattet werden, andere Beweismittel an die Stelle des verlohrnen zu setzen, ohne daſs hierbey der Richter über die Anzahl der zu gebrauchenden neuen Zeugen, oder über die zu gebrauchenden Beweisartikel etwas besonderes*

Frage: ob hier überhaupt noch eine Beweisantretung Statt finden könne? untersuchen, und wenn etwa der Beweistermin schon erloschen seyn, und der Gegentheil den Ungehorsam des Beweisführers angeklagt haben sollte (§. 127 a. not. c.) (a) den Beweis für desert erklären. Sodann mufs er die gewählten Beweismittel selbst, und die einzelnen Punkte, durch deren Beweis der Producent sein Beweisthema darzuthun gedenkt, betrachten, die schlechthin *unzulässigen* sogleich verwerfen (b), bey verwerflichen Verbindungen mehrerer Beweismittel (ein Fall, welcher nur dann vorkommen kann, wenn der Beweisführer über denselben Punkt die Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln, obgleich subsidiarisch, verbinden will) (c), die Beweisantretung zur Veränderung und Be-

zu bestimmen hätte. Gönner *zu* Danz *n. XXXVI., welcher überhaupt zu diesem §. zu vergleichen ist.*

(a) *Es widerspricht* Danz *a. a. O. §.* 362. *ibiq. citt.*

(b) *Vergl. vorzüglich §.* 93.

(c) *Siehe die Gründe bey* Gönner *zu* Danz *a. a. O. n. XIX.*

stimmung der nothwendigen Wahl zurückgeben, und vorzüglich bey dem Zeugenbeweise dafür sorgen, daſs nicht durch Artikel, *deren Fehler durch keine Fragstücke verbessert werden können*, die ganze Beweisführung in eine zweckwidrige Handlung ausarte. Wenn der Richter gegen die Beweisantretung nichts zu erinnern findet, oder das, was er zu erinnern fand, berichtigt worden ist; so muſs er nun, zur Fortsetzung der Beweisführung, die nothwendigen Verfügungen treffen. Diese bestehen darin: 1.) daſs die Beweisantretung dem Producten mitgetheilt wird. Nur bey geschehenen Eideszuschiebungen geschieht dieses mit der bestimmten Auflage einer Erklärung über dieselbe, bey dem Zeugenbeweise und dem Beweise durch Kunstverständige mit dem Beyfügen, dort: daſs der Product, wenn er wolle, binnen einer bestimmten Zeit, Fragstücke einreichen (a), hier:

(a) *Räthlich ist es, hierzu einen früheren Termin, als den zur Abhörung der Zeugen selbst anberaumten, zu bestimmen, weil alsdann die Fragstücke noch vorher dem Producenten mitgetheilt werden können, welcher doch offenbar sehr dabey interessirt ist, daſs keine unzulässigen zugelassen werden* (§. 193) *Sieber* §. 929.

daſs er von seiner Seite gleichfalls Kunstverständige vorschlagen könne; in allen übrigen Fällen wird keine Auflage mit der Mittheilung verbunden. 2.) Daſs (ausgenommen bey dem Beweise durch Eideszuschiebung) ein Termin zum wirklichen Gebrauche der Beweismittel (*Productionstermin*) angesetzt wird, zu welchem der Producent sowohl, als der Product, bey dem Urkundenbeweise (sobald der Product recognosciren soll) beyde arctatorisch, bey dem Zeugenbeweise der Producent arctatorisch, der Product hingegen monitorisch, bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige endlich beyde bloſs monitorisch vorgeladen werden (a). 3.) Daſs die zu dem Gebrauche der gewählten Beweismittel nothwendigen Ladungen andrer Personen, (der Zeugen - und Kunstverständigen) gehörig erlassen werden.

§. 193.

Verfahren über die Zuläſsigkeit der Beweisantretung.

Ehe nun aber in dem angesetzten *Productionstermine* mit dem Gebrauche der Beweismittel fortgefahren, und ehe die aufge-

(a) *Gönner a. a. O. n. XXI.*

gebene Erklärung über die geschehene Eideszuschiebung gegeben wird, steht es dem Producten frey, entweder vor, oder in dem angesetzten Termine selbst, seine Rechte, durch Einwendungen gegen die geschehene Beweisantretung, zu wahren, und eben so kann der Producent bey dem Zeugenbeweise, wenn der Product Fragstücke eingereicht hat, seine Einwendungen gegen diese vortragen. Diese Einwendungen, von der einen sowohl als von der andern Seite, können indessen immer nur auf diejenigen Punkte gerichtet seyn, um welcher willen der Richter auch von Amtswegen (§. 192.) den angetretenen Beweis ganz oder zum Theil hätte verwerfen dürfen; alle andere Einwendungen, gesetzt auch, daſs sie die mögliche Kraft der Beweismittel schwächen könnten, müssen *hier* von dem Richter sogleich verworfen und für das künftige Hauptverfahren vorbehalten werden. Nichts wird hiernach natürlicher seyn, als daſs man alle, bloſs die *Zulänglichkeit* der Beweise und Beweismittel betreffenden Einreden schlechterdings nicht in das, einzig die *Zulässigkeit* betreffende Productionsverfahren einmischen und zur nothwendigen richterlichen Verwerfung präsentiren sollte. Man hält es indessen, nach einer Stelle der kanonischen Gesetze (a), für *räthlich*, sich

(a) *II.* 20. *X. c.* 31

doch schon *dergleichen* Einreden gegen die *Personen* der Zeugen *vorzubehalten*, um dem sonst, bey der nachherigen Vorschützung derselben, gesetzlich erforderten Eide für Gefährde auszuweichen, und *räthlich* mag denn dieſs auch immerhin seyn, wenn es gleich gewiſs, nach dem J. R. A., (a) selbst für diesen Zweck, nicht nothwendig ist.

Immer werden diese Einwendungen, wie die Einreden überhaupt, in Form einer kurzen Deduction vorgetragen, welche mit einer, der Ausführung gemäſsen Bitte: entweder den Beweis für desert zu erklären, oder bestimmte Beweismittel, oder Artikel (auch Fragstücke) zu verwerfen, geschlossen wird. Ueberhaupt sollte der Gebrauch der meisten auſsersächsischen Gerichte, über diese Einwendungen ganz summarisch zu verfahren und daher nur ein mündliches Recessiren zu gestatten, welchem sogleich der Bescheid folgen muſs, allgemein als Regel betrachtet werden. Auf keinen Fall darf der Richter, wenn der Product schriftlich Einwendungen, welche nur in dem Hauptverfahren zuläſsig sind, vorbringt, einen weiteren Schriftwechsel zulassen, und immer ist dieser Schriftwechsel, wo er auch, wie bey manchen Gerichten, bis zur zweyten

(a) §. 56.

Erklärung des Producten (a) Statt findet, so sehr als möglich ist, zu beschleunigen. Mit dem Bescheide über diese Einwendungen, durch welchen (nach §. 192.) entweder der angetretene Beweis ganz oder zum Theile verworfen, oder die Einwendungen als gänzlich unstatthaft erklärt, oder die hier unstatthaften Einreden dem Hauptverfahren vorbehalten werden, endigt sich der erste Theil des Beweisverfahrens und es steht nun nichts im Wege, zu dem wirklichen Gebrauche der, für *zulässig* erklärten Beweismittel überzugehen.

(a) *oder des Producenten, wenn über die Einwendungen desselben gegen die eingereichten Fragstücke gestritten wird.*

Zweyter Unterabschnitt.

Von der Ausführung der Beweise.

§. 194.

1.) *Von der Ausführung der Beweise, bey welchen ein Productionstermin angesetzt wird.*

In dem angesetzten Productionstermine wird sogleich mit den Vorbereitungen zum wirklichen Gebrauche der gewählten Beweismittel der Anfang gemacht. Dieses geschieht bey dem Zeugenbeweise dadurch: daſs der Producent die anwesenden Zeugen dem Richter darstellt, und um ihre Beeidigung und Abhörung, bittet, — bey dem Urkundenbeweise: daſs er die Urkunden im Originale vorlegt und, den Producten zu der Anerkennung derselben anzuhalten, bittet, (welche beyde Handlungen die *reelle Production* genannt werden); bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige endlich: daſs der Richter erklärt, man wolle sich nun an den Ort, wo der Augenschein eingenommen werden soll, verfügen oder zur Vereidung

der Kunstverständigen schreiten. Gegen diese ersten Handlungen mufs der Product, wenn er, noch zum Productionsverfahren gehörende Einwendungen vorzutragen hat, protestiren und seine Erklärung über die Unzulässigkeit der ganzen Beweisantretung, oder eines Theiles derselben vorbringen, worauf alsdann, auf die im vorigen §. angegebene Art, verfahren wird. In so ferne also *kann* der Productionstermin noch zum ersten Theile des Beweisverfahrens gerechnet werden.

Ist hingegen das Productionsverfahren schon vorher geendigt worden, oder wird es auf der Stelle durch richterlichen Bescheid geendigt, oder sind keine zu demselben gehörenden Einwendungen vorzutragen; so mufs der Product jene Handlungen geschehen lassen und sich mit der Erklärung: dafs er das, was er gegen die Beweisführung zu erinnern habe, dem Hauptverfahren vorbehalte, begnügen, worauf alsdann in dem Gebrauche der Beweismittel fortgefahren wird.

In Ansehung des Zeugen- und Urkunden-Beweises ist indessen hier zu erinnern, dafs die angegebene erste Handlung der reellen Production die wichtige Folge äufsere, dafs nun

die aufgeführten Zeugen und vorgelegten Urkunden in so ferne als gemeinschaftlich betrachtet werden, daſs auch der Product dieselben zu seinem Gegenbeweise zu gebrauchen (a), und der Producent, weder durch Einwendungen gegen ihre Beweiskraft (b), noch dadurch, daſs er sie fallen lassen will, diesen ihm nachtheiligen Gebrauch des Producten zu hindern im Stande ist.

§. 195.

Fortsetzung.

Nach den ersten im vorigen §. angeführten vorbereitenden Handlungen muſs nun, nach Verschiedenheit der Beweismittel, mit den übrigen, zum Gebrauche derselben nothwendigen Handlungen fortgefahren werden.

1.) Bey dem Zeugenbeweise werden die Zeugen in Gegenwart der erschienenen Partheien, wenn diese nicht beyde den Eid nach-

(a) *Daher ist es lächerlich, wenn der Producent erklärt, daſs er nur in passibus utilibus die Urkunde producirt haben wolle.*

(b) *es ſey denn, daſs erst nachher diese Einwendungen ſactisch begründet würden.* Struben *R. B. Th. IV. n. CCV.*

lassen (a), vereidet, sodann in Abwesenheit der Parthieen, zuerst über die generellen Fragstücke, dann über jeden einzelnen Artikel nebst den dazu gehörenden besondern Fragstücken, nach Anleitung des Directoriums, einer nach dem andern, verhört, die Aussagen derselben autologisch protocollirt, und zuletzt, nach geschehener Vorlesung des Protocolls (b) und aufgelegten Stillschweigen bis zur Eröffnung des Rotulus, jeder entlassen.

2.) Bey dem Urkundenbeweise wird nach Vorlegung der Urkunden, sobald Anerkennung derselben nothwendig ist, die Erklärung des Producten hierüber verlangt, worauf entweder diese Anerkennung erfolgt, oder der Product eidlich die Urkunde abläugnet, oder der Producent, zur Verhütung der eidlichen Abläugnung, einen andern Beweis der Authenticität der Urkunde antritt, in Ansehung dessen alsdann, wie bey einer neuen Beweisantretung, verfahren wird. (§. 89.)

3.) Bey

(a) *II.* 20 X. *c.* 39.

(b) *Veränderungen der Zeugenaussagen dürfen nicht durch Ausstreichen der alten Aussage bemerkt werden.*

3.) Bey dem Beweise durch Augenschein begiebt sich der Richter nebst den erschienenen Parthieen und den Kunstverständigen, deren Zuziehung etwa für nothwendig gehalten worden ist, an den Ort, wo die Besichtigung vorgenommen werden soll; der Befund, nebst den Angaben der etwa zugezogenen Kunstverständigen, wird alsdann zu Protocoll genau aufgezeichnet und endlich, sobald hierdurch eine deutliche Versinnlichung des Befundes gewährt werden kann, die Verfertigung eines Risses, welcher zu den Acten kömmt, verfügt.

4.) Bey dem Beweise endlich, welcher bloſs durch Kunstverständige geführt werden soll, werden die gesetzlich bestimmten, oder von beyden Seiten angegebenen Kunstverständigen, welchen von Amtswegen so viele, als eine jede Parthie vorgeschlagen, beygegeben zu werden pflegen (a), (wenn sie nicht schon hierzu vereidet sind) beeidigt, (b) worauf alsdann von denselben die Sache, über welche sie ihr Gutachten geben sollen, geprüft und dieses

(a) *Der Grund hiervon liegt wohl in der Nothwendigkeit eines Obmanns.*

(b) *Die Schätzer werden in Schürtzen getheilt.*

Gutachten selbst mit den Gründen zu Protocoll, oder schriftlich zu den Acten gegeben wird.

Die Verfertigung des Beweisrotulus in den Fällen, wo sie nützlich (wie bey dem Urkundenbeweise), oder nothwendig ist, (wie bey dem Zeugen - und vermischten Beweise) (§. 133.), macht die letzte gerichtliche Handlung bey der Beweisausführung aus. Die Einrichtung eines solchen Rotulus ist diese: zuerst wird protocollarisch der reellen Production und der vorbereitenden Handlungen zum Gebrauche der Beweismittel Erwähnung gethan; alsdann werden auf der einen Seite zuerst alle allgemeinen Fragstücke und auf der andern die Antworten aller Zeugen bey jedem einzelnen, hierauf eben so die Artikel, nebst den besonderen Fragstücken, und gegenüber die Antworten aller Zeugen (a) aufgezeichnet und zugleich bey jedem einzelnen Artikel die übrigen gebrauchten Beweismittel, welche zum Beweise desselben die-

(a) *Auch diejenigen, welche nach dem Directorium nicht über einen bestimmten Artikel verhört wurden, werden dennoch aufgeführt und jenes durch die Beysetzung eines: cessat oder dergl. angedeutet.*

nen, oder dienen sollen, bestimmt angegeben; zuletzt wird, nach der Bemerkung: daſs den Zeugen ihre Aussagen vorgelesen worden seyen u. s. w. und daſs man aus den einzelnen Protocollen diesen Rotul verfertigt habe, mit der Unterschrift des Gerichtes geschlossen (b).

§. 196.

Verfahren, wenn beyde Parthieen, oder eine derselben in dem Productionstermine nicht erscheinen.

Der Productionstermin ist nicht, wie der Beweistermin, ipso jure peremtorisch. Es kömmt daher, um die Folgen der Contumaz richtig zu bestimmen, alles darauf an, ob 1.) der Nichterscheinende *arctatorisch* und 2.) ob er, durch die besonders ausgedruckte Verfügung des Richters, *peremtorisch* geladen war. Es folgt hieraus, I) daſs bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige, wo die Ladungen an beyde Parthieen nur monitorisch sind, weder das Aussenbleiben beyder, noch einer derselben, eine Wirkung habe, sondern daſs hier vielmehr dieses Aus-

(a) *J. R. A. §. 52. — Daſs der Rotulus besiegelt werde, kann man nicht als nothwendig betrachten.*

senbleiben als Beweis des Zutrauens der Nichterscheinenden auf die Legalität der gerichtlichen Handlungen betrachtet und demnach mit der Vornehmung der, im vorigen §. angegebenen Handlungen fortgefahren werden müsse. II) Daſs bey dem Zeugenbeweise das Aussenbleiben des monitorisch geladenen Producten ebenfalls die Fortsetzung der Beweisführung nicht zu hindern im Stande seye, das Aussenbleiben des arctatorisch geladenen Producenten hingegen bey dilatorischen Ladungen die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung des versäumten Termins nebst Ansetzung eines neuen Termins, und erst, wenn die Ladung eine peremtorische war, die Folge des Verlustes der Zeugen erzeuge, durch das Aussenbleiben beyder Parthieen aber der Termin circumducirt werde. III) Daſs endlich bey dem Urkundenbeweise durch das Nichterscheinen beyder Parthieen der Termin gleichfalls circumducirt werde, bey dem Aussenbleiben der einen oder der andern Parthie aber, nur, wenn nach vergeblichen dilatorischen Terminen ein peremtorischer angesetzt worden war, der nicht erschienene Producent seines Beweises für verlustig erklärt, von dem zur Anerkennung der Urkunden geladenen und nicht erschienenen Producten hingegen ange-

nommen werden müsse, daſs er die Urkunden anerkannt habe.

Uebrigens versteht es sich von selbt, daſs das Nichterscheinen des, wenn gleich nur monitorisch geladenen Producten, als eine Erklärung desselben, daſs er keine zum Productionsverfahren gehörende Einreden (§. 193.) vorzubringen habe, betrachtet werden müsse.

§. 197.

Verfahren, wenn die Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen.

Nicht bloſs das Nichterscheinen der Partheien aber, sondern auch andere Hindernisse können der Fortsezung des angetretenen Beweises entgegenstehen. Dahin gehört bey dem Zeugenbeweise, wenn die geladenen Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen. Hier kömmt es darauf an, ob diese der Gerichtsbarkeit des Richters, welchem bewiesen werden soll unterworfen sind, oder nicht. In dem ersteren Falle klagt alsdann der Producent den Ungehorsam der nicht erschienenen Zeugen an und bittet um Ansetzung eines neuen Termins und Erlassung einer geschärfteren Ladung, welchem Gesuche ohne Anstand willfahret und sodann weiter mit

Zwangsmitteln (a) fortgefahren werden muſs, wenn die Zeugen nicht durch hinreichende Gründe ihren bisherigen Ungehorsam zu entschuldigen im Stande sind. In dem lezteren Falle hingegen kömmt es darauf an, ob die Schuld des Aussenbleibens der Zeugen in dem Ungehorsam derselben liege, oder ob dasselbe in der Weigerung des fremden requirirten Richters, die Zeugen zu stellen, seinen Grund habe. Ist jenes, so muſs nun der fremde Richter um Erlassung geschärfterer Befehle und Anwendung zweckdienlicher Zwangsmittel requirirt werden; ist dieses, so bleibt kein anderes Mittel übrig, als dem fremden Richter eine Abſchrift der Artikel und Fragstücke zu überschicken und ihn zu ersuchen, daſs er, nach vorheriger Beeidigung, die Zeugen über dieselben selbst abhören und die Verhörsprotocolle einschicken möge.

§. 198.

Verfahren, wenn die Urkunden, weil sie in den Händen eines Dritten, oder verlohren sind, nicht vorgelegt werden können.

Eben so können bey dem Urkundenbeweise mehrere Hindernisse sich der Ausführung des Beweises entgegen setzen. Zu diesen gehört

(a) *Straſbeſehle, Geldstraſen, Geſängniſs.*

vorzüglich, wenn die Urkunden, welche man gebrauchen will, in dem Besitze eines Andern sind, sey dieses nun in dem eines Dritten, oder in dem des Gegentheils selbst. Ist die Urkunde, welche sich in den Händen eines andern befindet, fremdes Eigenthum, so kann die Edition derselben nicht erzwungen werden, und es hängt von dem guten Willen des Eigenthümers ab, ob er uns die Herausgabe derselben zum Behufe des zu führenden Beweises gestatten will. Dagegen ist jeder Besitzer zur Herausgabe der, dem Beweisführer eigenthümlich oder gemeinschaftlich zustehenden Urkunden, der Natur der Sache nach, verbunden (a), und der Beweisführer kann sich

(a) *Um den Beweis unseres Eigenthumsrechtes an einer Urkunde herzustellen, genügt es übrigens, wenn nur dargethan wird, daſs die in den Händen eines andern befindliche Urkunde in der Absicht verfertigt worden sey, um als Beweismittel des, unter den Interessenten zu Stande gekommenen Geschäfts zu dienen, und daſs der Beweisführer einer dieser Interessenten sey. — Man wird sich wundern, daſs in dem* §. *weder auf die Bestimmungen des fr.* 1. 4. *sqq. II. D.* 13., *noch der const.* 22. *Cod. II.* 21. *Rücksicht genommen worden ist; allein die angeführte Const. hat, als ei-*

in Ansehung solcher Urkunden dadurch helfen, daſs er dem Richter ein Editionsgesuch übergiebt, welches am besten, zur Beschleunigung der Beweisführung, gleich mit der Beweisantretung verbunden wird. Immer muſs der Beweisführer hierbey beweisen, daſs der, von welchem er die Edition der Urkunden verlangt, diese wirklich besitze; wenn er aber

ne von Cujas *(Observat. L. X. Obs. 8.) zuerst* restituirte, *nur* historischen, *nicht* gesetzlichen *Werth, und wie wenig von der durch die ersteren Gesetze bestimmten Verbindlichkeit zur Edition der Klage mit den dazu gebrauchten Beweisen, und von den Obliegenheiten der* Argentarien *allgemein geschlossen werden könne, wird eine genauere Betrachtung der Gründe dieser Verbindlichkeiten jeden belehren. Man sehe die gründliche Abhandlung, welche Herr Hofrath von Almendingen in* meinem Magazine für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung *(I, VII. u. II, III.) über diese Lehre geliefert hat.*

Auch das im römischen Rechte begründete Privilegium des Fisci auf Urkundenedition möchte theoretisch *in Ansehung seiner heutigen Anwendbarkeit sehr gegründeten Zweifeln unterliegen.*

dieses nicht auf andre Art zu beweisen sucht, so wird angenommen, daſs er darüber den Eid zugeschoben habe (a). Gegen den ungehorsamen Dritten muſs mit hinlänglichen Zwangsmitteln verfahren werden, wenn hingegen der, zur Edition verbundene Product selbst die Urkunde nicht edirt, so wird, nach abgelaufenem peremtorischen Termine und erfolgten Contumacialanklage, das verlangte Document für edirt und anerkannt erklärt. Ueberhaupt darf der Richter über das Editionsgesuch, als einen Incidentpunkt, nie ein weitläufiges Verfahren gestatten, wiewohl hierdurch demjenigen, von welchem die Edition verlangt wird, keineswegs das Recht, sich durch die Gewissensvertretung durch Beweis von dem Editionseide zu befreyen, abgesprochen werden soll (b).

(a) *Wo man indessen mit II. 21. Cod. c. 22. eine Verbindlichkeit zur Edition aller Urkunden, welche ohne eignen Nachtheil edirt werden können, nach Analogie der Verbindlichkeit zum Zeugniſsablegen, annimmt, da giebt es auch, nach der angeführten Gesetzesstelle, einen Editionseid, wodurch man schwört, daſs man die Urkunde, ohne eigenen Nachtheil, nicht ediren könne.*

(b) *Malblanc doctr. de jurej. §. 47. Es widerspricht Danz a. a. O. §. 319.*

Ein anderer möglicher Fall, durch welchen die Fortsetzung des Urkundenbeweises gehemmt wird, ist alsdann vorhanden, wenn die Urkunden dem Beweisführer abhanden gekommen sind. Da in diesem Falle, wenn der Product selbst absichtlich den Beweisführer um seine Urkunden gebracht hätte, diese bösliche Vernichtung der Beweise der Selbsthülfe gleichgeachtet werden muſs, so kann man analogisch behaupten, daſs der Product, sobald jenes Factum der böslichen Vernichtung erwiesen ist, sich der Verbindlichkeit, den Ansprüchen des Producenten sich zu fügen, nur dadurch entziehen könne, daſs er den Beweis, daſs die Instrumente keinen Beweis enthielten, führt (a). Eben so kann nicht geläugnet werden, daſs dem Beweisführer gegen den Dritten, durch dessen Handlung er seines Beweises beraubt wurde, eine Entschädigungsklage zustehe; allein ausserdem kann ihm in der Sache selbst, bey welcher er die verlornen Urkunden gebrauchen wollte, nicht geholfen, und keineswegs dürfen, wegen dieses Zufalls, wenn dem Producenten

(a) *Ein klares Gesetz bestätigt diese Analogie. Cod. IV. 19. c. 20.*

andere Beweise mangeln (a), die Rechte des unschuldigen Producten gekränkt werden.

§. 199.

II. Von der Ausführung des Beweises durch Eideszuschiebung.

Die Einreichung der aufgegebenen Erklärung dessen, welchem der Eid zugeschoben wird, auf die geschehene Beweisantretung durch Eideszuschiebung, ob er den zugeschobenen Eid annehmen, oder (wo dieses Statt findet) zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle, ist bey diesem Beweismittel die erste präparatorische Handlung zur Ausführung des Beweises durch dasselbe. Hat daher derjenige, welchem der Eid zugeschoben worden ist, zum Productionsverfahren gehörende Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Eideszuschiebung, so

(a) *Cod. IV.* 21. *const.* 1. 5. 7.

Anm. *Bey dem Beweise durch Kunstverständige kann zwar wohl durch die Weigerung der gewählten Kunstverständigen ein Hinderniſs der Beweisführung entstehen, indessen, wenn die Kunstverständigen nicht hierzu von Amtswegen verpflichtet sind, so hebt man, Statt zu Zwangsmitteln zu schreiten, am besten dieses Hinderniſs dadurch, daſs man andere Kunstverständige wählen läſst.*

mufs er diese vor der verlangten Erklärung vortragen, oder doch diese Erklärung nur eventuell mit dem Vortrage jener Einwendungen verbinden, welches indessen nur alsdann anzurathen ist, wenn der, zur Einreichung der Erklärung angesetzte Termin ein peremtorischer war, und, bey der Schwäche der Einwendungen gegen die Beweisantretung, zu befürchten wäre, dafs dieselben geradezu verworfen, und nun, wegen der nicht eingereichten Erklärung das Contumacialverfahren eingeschlagen werden möchte.

Sobald die verlangte Erklärung dessen, welchem der Eid zugeschoben worden ist, einkömmt, wird, nach der Verschiedenheit der getroffenen Wahl, mit den übrigen zur Beweisausführung nothwendigen Handlungen fortgefahren.

1.) Wenn der Eid angenommen worden ist, so wird ein Termin zur Abschwörung desselben angesetzt, auf welchen beyde Theile, jedoch der Beweisführer, wenn er nicht (was der Gegentheil verlangen kann) zuerst den Eid für Gefährde schwören soll, nur monitorisch, vorgeladen werden. In diesem Termine wird sodann auf die gesetzliche Art der Eid selbst, (nach vorhergegangener Beleh-

rung, wo dieses nothwendig ist) abgeleistet, und über den ganzen Act ein getreues Protocoll geführt, womit die ganze Beweisausführung vollendet ist.

2.) Wenn der Eid zurückgeschoben worden ist, so ist diese Zurückschiebung gewissermaſsen als eine neue Beweisantretung durch Eideszuschiebung zu betrachten; denn wenn gleich der Richter, sobald er nicht die Zurückschiebung als unstatthaft sogleich verwirft, nun sogleich einen Schwörungstermin ansetzt, weil derjenige, welchem der Eid zurückgeschoben wird, keine weitere Wahl hat, ſo steht es doch diesem frey, selbst noch im Anfange des Schwörungstermins, zum Productionsverfahren gehörende Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Zurückschiebung vorzubringen, nach deren Verwerfung (wenn sie ungegründet seyn sollten) alsdann erst zur weiteren Beweisausführung durch Ableistung des zurückgeschobenen Eides geschritten werden kann.

3.) Ist endlich die Gewissensvertretung durch Beweis gewählt worden, so findet nun eine ganz neue Beweisführung statt. Es muſs daher, wenn die Antretung nicht zugleich geschehen ist, nun ein Beweistermin ange-

setzt und so durchaus, nach den angegebenen Grundsätzen von der Beweisführung, verfahren werden.

§. 200.

Verfahren, wenn die Parthieen bey dieser Beweisführung ungehorsam sind.

Wenn derjenige, welchem der Eid zugeschoben worden ist, sich nicht, binnen dem angesetzten Termine, über die geschehene Eideszuschiebung erklärt, so wird, nach geschehener Contumacialanklage, dem gemeinen Rechte zur Folge, erst ein nochmaliger dilatorischer Termin anberaumt, sodann aber, unter der Verwarnung, daſs widrigenfalls der Eid für verweigert angenommen werden solle, die Einreichung der verlangten Erklärung binnen einer bestimmten Zeit aufgegeben. Die Folge des fortgesetzten Nichthandelns ist nun natürlich die Verhängung des angedrohten Präjudizes.

Wenn in dem angesetsten Schwörungstermine beyde Theile nicht erscheinen, so wird der Termin circumducirt. Bleibt hingegen nur einer derselben aus, so kömmt es darauf an, ob dieses derjenige ist, welcher zur Ableistuug des zugeschobenen oder zu-

rückgeschobenen Eides vorgeladen war, oder der Gegentheil. Ist jenes, so wird, wenn die Ladung eine peremtorische war, nach geschehener Ungehorsamsbeschuldigung, der Eid für verweigert, mithin bey dem zugeschobenen Eide, das, was durch denselben erwiesen werden sollte, für erwiesen, bey dem zurückgeschobenen für nicht erwiesen erklärt. Ist dieses, so wird, bey einer monitorischen Ladung, mit dem Schwörungsacte fortgefahren, wenn dagegen der Deferent arctatorisch und peremtorisch, zur Ableistung des Eides für Gefährde, geladen worden war, so wird nun der Haupteid für erlassen, oder, was dasselbe ist, für abgeleistet erklärt. (a)

(a) *Ueberh. vergl. XII. 2. D. fr. 37. 38.*

Dritter Unterabschnitt.

Von dem Hauptverfahren.

§. 201.

Einleitung.

Nach vollendeter Beweisausführung kann nichts mehr der richterlichen Entscheidung in der Sache im Wege stehen. Diese aber hängt von der Untersuchung der Frage ab: ob und in wie ferne durch den geführten Beweis das Beweisthema erschöpft worden sey? (a) Denkt man sich hier als Gegenstand der Beurtheilung einen, nur einigermaſsen weitläufigen oder zusammengesetzten Beweis, so wird es gewiſs ein nützliches Unternehmen der Parthieen seyn, wenn sie vor dem Urtheile noch Deduc-

a) *Eigentlich ist dieſs hier die einzige Frage. Selbst die gemeine Behauptung, daſs offenbar unerhebliche Beweisauflagen nicht berücksichtigt zu werden brauchten, (Martin §. 131. ibique citt.) läſst sich mit keinem scheinbaren Grunde erweisen. Mevius II. 301.*

ductionen ihrer behaupteten Rechte aus den Beweisführungen liefern und darin die *Zulänglichkeit* der Beweisführungen für ihre Zwecke prüfen. Denkt man sich aber als Gegenstand einen Beweis, bey welchem aus factischen, in den Acten noch nicht vorliegenden Gründen die Zulänglichkeit des geführten Beweises angegriffen werden kann (wie vorzüglich bey dem Zeugenbeweise), so erscheinen solche Verhandlungen der Parthieen über den geführten Beweis, da keine rechtlichen Vertheidigungsgründe abgeschnitten werden dürfen (§. 79) und doch erst hier die Einreden gegen die Zulänglichkeit der Beweismittel an ihrer Stelle sind (§. 193), so nothwendig, (a) daſs der Richter, welcher, mit Ausschliessung dieser Verhandlungen, zu dem Urtheile eilen wollte, sein Verfahren der Nichtigkeit aussetzen würde.

Der Inbegriff alles dessen nun, was von der vollendeten Beweisausführung an, bis zur endlichen Entscheidung der Sache geschieht, bildet das sogenannte *Hauptverfahren*. Es folgt indessen aus dem angeführten Grunde,

(a) *D. A.* 1600. *§.* 135. *J. R. A. §.* 56. 57.

aus welchem die Gesetze Verhandlungen der Parthieen in dem Hauptverfahren gestatten, daſs nicht nur die Parthieen denselben entsagen können, sondern auch der Richter befugt seyn müsse, bey einfachen Beweisen, zumal wenn deren Kraft nicht durch factische Einwendungen geschwächt werden kann, (wie bey dem Beweise durch Augenschein und Eidesableistung), sogleich nach vollendeter Beweisausführung die Acten für geschlossen zu erklären, und, ohne auf Verhandlungen der Parthieen zu warten, zur Entscheidung der Sache überzugehen.

§. 202.

Vorbereitende Handlungen zum Hauptverfahren.

Wenn Verhandlungen über den geführten Beweis den Parthieen verstattet werden müssen, so muſs der Richter hierzu nothwendig einen Termin ansetzen. Hierdurch wird nun die Beweisausführung für geendigt erklärt und der Uebergang zu dem Hauptverfahren gemacht. Nur in dem Falle, wenn die über die Beweisausführung gefertigten Protocolle den Parthieen noch unbekannt sind (wie bey dem Zeugenbeweise, es sey nun ein Rotulus

über denselben verfertigt worden, oder nicht), geschieht jene Erklärung durch eine besondere Handlung, nämlich: durch *die Eröffnung der Protocolle oder des Rotuls.* Hierzu wird ein besonderer Termin angesetzt (a), auf welchen der Producent sowohl, als der Product monitorisch vorgeladen werden, die Eröffnung selbst aber dadurch geschieht, daſs der Richter den Parthieen Einsicht und Abschrift jener noch unbekannten Protocolle, oder des aus denselben verfertigten Rotulus, welcher nun offen zu den Acten gelegt wird, verstattet. Gegen diese vorbereitenden Handlungen muſs derjenige, welcher noch etwas, was vor dem Hauptverfahren vorgetragen werden muſs, vorzutragen hat, nothwendig protestiren, in-

(a) *Die Zustellung des Rotuli* in vim publicati *ist darum, wenn nicht vorher die Parthieen wenigstens monitorisch geladen worden, dasjenige was sie etwa noch vorher vorzutragen hätten, vorzubringen, eine gefährliche Handlung — und gewiſs kann der Richter durch eine solche unvermuthete Eröffnung den Parthieen das Recht zu Handlungen, welche eigentlich dieser Eröffnung vorausgehen müssen* (z. *B.* §. 187. *n.* 3.), *nicht entziehen.* Sieber §. 958.

dem wenn einmal der Uebergang zu dem Hauptverfahren geschehen ist, ohne erlangte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, kein Rücktritt in das einmal geschlossene Verfahren gestattet werden kann.

§. 203.

Von den Disputirsätzen, oder der Impugnations- und Salvationsschrift.

Den Gesetzen (a) und der Natur der Sache nach ist, sobald Verhandlungen der Parthieen über den geführten Beweis gestattet werden, der Product derjenige, welcher zuerst auftritt. (b) Der Zweck desselben ist natürlich, den geführten Beweis von allen möglichen Seiten her anzugreifen und dadurch entweder gäuzlich zu entkräften, oder doch zu schwächen, weswegen auch diese Handlung schicklich den Namen der *Impugnationsschrift* führt. Dieser Schrift kann der Producent eine andere entgegensetzen, worin er seinen geführten Beweis gegen die Angriffe des Producten zu vertheidigen und die Kraft

(a) *J. R. A.* §. 56. 57.

(b) *Denn seine möglichen factischen Einwendungen gegen die Beweismittel des Gegentheils sind der Hauptgrund der gesetzlichen Nothwendigkeit dieser Verhandlungen.*

desselben in dem hellsten Lichte darzustellen sucht, weswegen diese Schrift schicklich mit dem Namen der *Salvationsschrift* bezeichnet wird. Beyde Schriften werden, als ausführliche Deductionen, aus den nun zum Endurtheile instruirten Acten gearbeitet. Den geschichtlichen Theil bildet eine kurze und lichtvolle Darstellung der Lage des Processes, welche den Leser zulezt auf das Beweisthema führen und ihm die Art, wie der Producent dasselbe zu erweisen gesucht habe, bekannt machen muſs, ohne jedoch die Resultate der gebrauchten Beweismittel auseinander zu setzen, weil diese als Belege zum ausführenden Theile der Deduction vorgebracht werden. Dieser ausführende Theil selbst stellt nun dasjenige auf, was der Deducent in Ansehung des geführten Beweises für seinen Zweck zu erinnern hat. Bey der Impugnationsschrift sind dieses durchaus Angriffe auf die Beweisführung. Um diese in der gehörigen Ordnung vorzutragen, unterwirft der Impugnant zuerst die Formalien der Beweisführung seiner Prüfung, wobey er die Einwendungen, welche er im Productionsverfahren nicht vortragen konnte, ausführt; alsdann prüft er die gebrauchten Beweismittel an und für sich, ohne auf die

Resultate des wirklichen Gebrauchs derselben zu achten, und trägt, in der Form von Einreden, dasjenige vor, was zur Schwächung oder Aufhebung der Beweiskraft derselben gesagt werden kann; zuletzt untersucht er das, was der wirkliche Gebrauch der Beweismittel ergeben hat, zeigt durch eine Zergliederung des Beweisthemas, was zu erweisen gewesen wäre, und beweiset, durch Belege aus dem Materiale des geführten Beweises, dafs dieses nicht genügend geschehen sey und demnach der Producent nun, entweder sogleich, oder doch höchstens, nach vorhergegangener Ableistung des Reinigungseides von Seiten des Producten, abzuweisen seye. Diese Ausführungen müssen nothwendig den Deducenten zu bestimmten Bitten führen, welche sogleich jeder besonderen Ausführung nachgesetzt werden müssen, wenn nicht der gleiche Zweck mehrerer die Verbindung erlaubt, wie diefs selbst in Ansehung der Einwendungen zur Schwächung der Kraft der Beweismittel *im Allgemeinen* und der Ausführung zur Schwächung oder Aufhebung des *geführten* Beweises immer geschehen kann. Der Inhalt des ausführenden Theils der Salvationsschrift ergiebt sich aus dem der Impugnationsschrift von selbst; denn ihr Zweck

ist, in Ansehung jedes Punktes, von welchem aus Angriffe gegen die Beweisführung möglich sind, zu zeigen, daſs dieselbe über alle Angriffe erhaben, und mithin nun entweder sogleich, oder doch höchstens nach Ableistung des Erfüllungseides, der vorherigen Bitte des Beweisführers gemäſs zu erkennen sey. — Wenn der Product zugleich directen Gegenbeweis geführt hat, so verbindet er mit der Impugnationsschrift die Salvationsschrift in Ansehung seines Gegenbeweises, und eben so nachher der Producent mit seiner Salvationsschrift die wider den Gegenbeweis gerichtete Impugnationsschrift. Bey dem indirecten Gegenbeweise dagegen sollte eigentlich zu der Zeit, wo der Product seine Impugnationsschrift gegen den Beweis verhandelt, der Producent als Reproduct seine Impugnation gegen den Beweis der Einrede gleichfalls verhandeln.

§. 204.

Vom Beschluſse der Verhandlungen.

Die Salvationsschrift soll, nach den gemeinen Gesetzen (a), die letzte Verhandlung

Von der Erleichterung dieser Arbeit durch Columnenextracte.

(a) *J. R. A. a. a. O. In manchen Gerichten gestattet man indessen dennoch 4 Handlungen.*

der Parthieen seyn. Wenn daher die Parthieen auch nicht freywillig zum richterlichen Spruche hintersetzt haben, so ist nunmehr der Zeitpunkt, wo der Richter alle Verhandlungen für geendigt und die Acten für geschlossen erklären mufs, welches in Fällen, wo keine Disputirsätze gestattet werden, sogleich nach der Beweisführung geschieht. Mit dieser Erkennung des Actenbeschlusses wird zugleich ein Termin zur Inrotulation der Acten, oder Eröffnung der Sentenz anberaumt. (a) Hierzu werden beyde Theile *ausdrücklich* monitorisch vorgeladen, wodurch sie aber zugleich auch *stillschweigend* monitorisch geladen sind, dasjenige, was sie etwa noch rechtlich in Ansehung der Verhandlungen vorzubringen hätten, (§. 184.) vor diesem Zeitpunkte vorzutragen und dadurch Aufhebung des Actenbeschlusses zu bewirken.

(a) *Bey manchen Gerichten wird kein Publicationstermin angesetzt, sondern die Sentenz in vim publicati insinuirt. Wenn aber die Parthieen nicht zum Spruche hintersetzt haben, so ist diefs nur dann eine rechtliche Verfahrungsart, wenn der Sentenz ein Decret über den Actenbeschlufs so lange Zeit, als zu einer gewöhnlichen Frist bey diesem Gerichte erfordert wird, vorausgieng.*

§. 205.

Von dem Endurtheile.

Das Endurtheil selbst muſs nothwendig (in Rücksicht jedes einzelnen Punktes nämlich) entweder lossprechend, oder verdammend seyn, beydes kann es jedoch, wenn die Beweisführung als Resultat einen unvollständigen Beweis lieferte, nur unter der Suspensivbedingung seyn, wenn durch den Erfüllungseid der unvollständige Beweis ergänzt, oder durch den Reinigungseid aus dem Wege geräumt werden würde. Um nun über diese Fassung des Endurtheils sich bestimmen zu können, muſs der Richter vor allen Dingen den geführten Beweis einer sorgfältigen Prüfung unterwerfen, welche vorzüglich alsdann Schwierigkeiten unterworfen ist, wenn, nach geführtem Beweise und Gegenbeweise, zwischen beyden eine Collision eintritt.

In solchen Fällen muſs genau unterschieden werden, ob der *Gegenbeweis* ein *eigentlicher* oder *uneigentlicher* sey. In jenem Falle heben sich *Beweise* und *Gegenbeweise* von gleicher Kraft auf und es kann mithin nur dann und nur in so ferne ein Beweis als vorhanden

betrachtet werden, wann und in wieferne ein solcher, nach Abzug der Summe der Beweiskraft des Gegenbeweises, übrig bleibt. In diesem Falle hingegen entscheiden folgende Regeln:

I.) wenn der *Gegenbeweis vollständig* ist, so muſs

1.) bey gleichfalls *vollem Beweise* gegen den Beweisführer gesprochen werden, weil alsdann erwiesen ist, daſs der ehemals gegründete Anspruch *itzt* ungegründet sey.

2.) Bey *unvollständigem Beweise* hingegen *kann* zwar der Gegenbeweisführer verlangen, daſs sein vollständiger Gegenbeweis sogleich berücksichtigt und alsbald gegen den Beweisführer gesprochen werde, er kann aber auch, wegen der *eventuellen* Natur der Einrede, öfters mit gröſsem Nutzen, verlangen, daſs zuförderst der *Beweis* durch den *Erfüllungseid* ergänzt, oder durch den *Reinigungseid* entfernt und alsdann erst *dort wegen des Gegenbeweises, hier wegen des mangelnden Beweises*, gegen den Beweisführer gesprochen werde (a).

(a) *Es scheint dieses zwar paradox, allein dennoch ist es das einzig Wahre, welches ich selbst bey der ersten Auflage verkannt hatte,*

II.) Wenn hingegen der *Gegenbeweis* ein *unvollständiger* ist; so kömmt es darauf an, ob der *Beweis* als *vollständig* zu betrachten sey, oder nicht. Ist jenes, so muſs auf Erfüllung oder Wegräumung des *Gegenbeweises* erkannt werden; ist endlich dieses, so braucht der *Gegenbeweis*, wenn der unvollständige *Beweis* durch den Reinigungseid entfernt werden kann, natürlicher Weise nicht berücksichtigt zu werden, auſserdem aber muſs zwar vor allen Dingen für die Ergänzung des *Beweises* gesorgt, diesem nachgängig aber auch der unvollständige *Gegenbeweis* entweder durch den Erfüllungseid des Gegenbeweisführers zum vollständigen gemacht, oder durch den Reinigungseid des Beweisführers entfernt und mithin *hier* für den Beweisführer, *dort* gegen denselben gesprochen werden.

§. 206.

Abschwörung der nothwendigen Eide.

Das, in dem dazu angesetzten Termine, gehörig eröffnete Urtheil (§. 134.) erhält erst

so wie ich glaube, daſs es Gönner Handbuch II. 34. n. 17. und Martin §. 138. verkannt haben. Die Sache kann z. B. bey einer eventuell entgegengesetzten exceptio compensationis von sehr groſser Wichtigkeit seyn.

nach Verlauf des gesetzlich als Nothfrist bestimmten, und von Augenblick zu Augenblick zu berechnenden Termins von zehn Tagen (a), binnen welchem dasselbe angefochten werden kann, die Kraft, formales Recht unter den Parthieen zu bewirken. (§. 99.) Dieses gilt auch von den Urtheilen, welche unter der Suspensiv-Bedingung des abzuschwörenden Erfüllungs- oder Reinigungseides verdammen oder lossprechen. Indessen ist es klar, daſs diese vor der Hand nur ein formales bedingtes Recht wirken. Es ist daher Sache derjenigen Parthie, deren Interesse es ist, daſs diese Bedingung entfernt werde, nun um die Ansetzung eines Schwörungstermins zu bitten. Zu diesem müssen beyde Theile von dem Richter vorgeladen werden, derjenige, welcher schwören soll, arctatorisch, der Gegentheil monitorisch. Nach erfolgter Abschwörung ist das bisher bedingte Urtheil

(a) *Immer kann aber doch nach Ablauf dieser Nothfrist aus hinlänglichen Gründen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bey dem Richter gesucht werden, welchem, nach Verschiedenheit der anzuwendenden Rechtsmittel, die Untersuchung der Sache in der zweyten Instanz gebührt. Man sehe hierüber* G ö n n e r *a. a. O. n. XXV.*

als perificirt nun sogleich von unbedingter Rechtskraft. Die ausdrückliche, oder zur Strafe des Ungehorsams angenommene Verweigerung des Eides hingegen hat die Folge, daſs nun ein, dem vorherigen bedingten Urtheile gerade entgegengesetztes unbedingtes gefällt werden muſs, welches sogleich Rechtskraft erhält.

Das in Rechtskraft übergegangene Urtheil wird auf die gesetzliche Art vollstreckt (§. 135.) und es ist hier um so weniger noch etwas besonderes zu bemerken, da es der Absicht der Gesetze offenbar gemäſs ist, daſs bey der Execution, mit Abschneidung aller unnöthigen Förmlichkeiten, auf die geschwindeste Art verfahren werden soll (a).

(a) *J. R. A.* §. 159.

DRITTER ABSCHNITT.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz.

Erstes Kapitel.

Grundsätze über das Verfahren in zweyter Instanz aus der Natur der Rechtsmittel im Allgemeinen (*).

§. 207.

Erste Handlungen derjenigen Parthie, welche ein Rechtsmittel gebrauchen will. Einführung. Rechtfertigung. Formalitäten hierbey.

Die Handlung mit welcher eine zweyte Instanz, sey es durch das eine, oder das andere der im §. 101. bezeichneten Rechtsmittel, eröffnet wird, ist die Erklärung desjenigen, welcher sich durch

(*) *Vergl. die treffliche Abhandlung Gönners III. XXXVIII. nach welcher ich diese Lehre umgearbeitet habe. Ausserdem noch Ulich von Appellationen und Läuterungen, auch andern rechtlichen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen. — Mehlen über die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse.*

eine Sentenz beschwert glaubt, daſs dieſs der Fall seye und daſs er sich daher, zur Abwendung dieser Beschwerde, des bestimmten, gesetzlich zulässigen Rechtsmittels bedienen wolle.

Bey allen *bloſs suspensiven* und *bloſs devolutiven* Rechtsmitteln bedarf es nur *einer* Erklärung dieser Art, welche dann *Einwendung* des Rechtsmittels (*interpositio remedii*) heist, und dort bey dem nämlichen Richter, welcher auch in voriger Instanz urtheilte, hier bey dem höheren Richter geschieht.

Bey allen *zugleich suspensiven und devolutiven* Rechtsmitteln dagegen zerfällt diese Erklärung in eine gedoppelte. Die eine muſs bey dem gravirenden Richter (a) (*iudex a quo*), die andere bey dem höheren Richter (*iudex ad quem*) Statt finden, um beyde Wirkungen des Rechtsmittels mit Sicherheit zu erzeugen. In diesem Falle wird jene die *Einwendung* (*interpositio*), diese hingegen die *Einführung* des Rechtsmittels (*introductio*) genannt.

(a) *Wäre dieſs nicht möglich, so genügt die Einwendung vor Notar und Zeugen oder auch vor letzteren allein II. 28. X. c. 73. ja selbst die bloſse Erklärung bey dem höheren Richter XLIX. fr. 1. §. 10.*

Auf die *Einwendung*, oder auf die *Einführung* des Rechtsmittels muſs nun nothwendig eine rechtliche *Begründung* desselben (*iustificatio*, *libellus gravaminum*) folgen, wiewohl auch gar nichts dagegen ist, diese *Rechtfertigung* mit der *Einwendung* oder *Einführung* zu verbinden, (§. 209) welches sogar bey den *ausserordentlichen* Rechtsmitteln gewissermassen nothwendig zu seyn scheint.

Diese Handlungen zusammen stehen in dem nämlichen Verhältnisse zu der zweyten Instanz, wie die Klage zu der ersten. Nun erst hat daher der Richter die Frage: ob Verhandlungen einzuleiten (Processe zu erkennen) seyen? durch seine Verfügung zu lösen.

Damit indessen diese *einseitigen*, das Verfahren in zweyter Instanz bedingenden Handlungen nicht Veranlassung werden können, durch Miſsbrauch der Rechtsmittel, Ungewiſsheit der Rechte zu erzeugen; so haben unsre Gesetze dieselben insgesammt an Nothfristen gebunden (a). Für die *Einwendung* aller ordent-

(a) *Besondere Gesetze enthalten öfters noch mehrere Formalitäten, z. B. Eidesableistungen, Succumbenz - Gelder.*

dentlichen Rechtsmittel nämlich läuft die, schon oben (§. 99.) bemerkte *gesetzliche* Nothfrist der zehen Tage, welche der Richter nicht verlängern kann, obgleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ihren Ablauf bey dem, zu dem Verfahren in zweyter Instanz berechtigten Richter, aus hinlänglichen Gründen, allerdings gesucht werden kann (a). Für die Einführung und Rechtfertigung hingegen kennt das gemeine Recht (b) nur *richterliche* Nothfristen, deren Verlängerung daher rechtlich möglich, für die Einführung aber natürlich schwerer, als für die, grössern Zeitaufwand erfordernde Rechtfertigung zu erhalten ist (c).

§. 208 *a.*

Folgen des eingewendeten Rechtsmittels. 1. *Suspensiv - Effect.*

Alle Rechtsmittel haben, wo ihr Gebrauch rechtlich möglich ist, eine, zur *Bestätigung* oder *Abänderung* hinführende nochmaliche Prüfung der, angeblich beschwerenden richterli-

(a) *Dieses hat mit Schärfe ausgeführt* Gönner *zu* Danz *n. XXV.*

(b) *II.* 28. *X. c.* 33. 44. 50.

(c) Claproth *§.* 560.

Ee

chen Verfügung zur Folge. Bey allen *ordentlichen* Rechtsmitteln ist aber diese Folge von den wichtigen Wirkungen begleitet, daſs 1.) durch die Einwendung des Rechtsmittels die Kraft der beschwerenden Sentenz, formales Recht unter den Parthieen zu erzeugen, gehemmt und eben darum 2.) die rechtliche Möglichkeit der Execution derselben einstweilen aufgehoben wird. Diese beyden Wirkungen sind es, welche man sich unter der *Suspensivkraft* der ordentlichen Rechtsmittel denkt. Die *erstere* derselben ist *nie* von dem ordentlichen Rechtsmittel getrennt, und eben darum *in der Regel* auch nicht die *leztere*, obgleich dieses doch mitunter, theils wegen besonderen Privilegien (a), theils aus den, die *ausserordentliche* Verfahrungsart der *Provisorien* rechtfertigenden *Gründen* (§. 238), der Fall seyn *kann*.

Die ausserordentlichen Rechtsmittel dagegen können, in so ferne sie *als solche* vorkommen, die *erstere* Wirkung *nie* haben, weil sie eine, schon wirklich oder doch, dem Zeitverlaufe nach, scheinbar rechtskräftige Sentenz voraussetzen. Eben darum können sie auch *in der Regel* nicht die *letztere* Wirkung erzeugen,

(a) *Z. B. Wechselsachen.*

obgleich dieses doch aus den, die *provisorischen* Verfügungen rechtfertigenden Gründen mitunter geschehen *kann* (a).

§. 208 b.

2.) *Devolutiv - Effect. Attentaten.*

Von *diesem* Suspensiv-Effect sehr verschieden ist die Wirkung der mehrsten (b) *gemeinrechtlichen*, ordentlichen sowohl als ausserordentlichen Rechtsmittel, daſs durch sie die neue Prüfung der beschwerenden Verfügung vor den höheren Richter (c) gebracht wird. Dieses versteht man unter dem *Devolutiv-Effect.*

(a) *Gönner Handb. a. a. O. §. XXII. n. 3.*

(b) *Eigentlich liegt die Devolutiv - Wirkung in der Natur der Sache, das einzige Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgenommen. Unsre gemeinen deutschen Gesetze stimmen hiermit so sehr überein, daſs sie bey dem einzigen bloſs suspensiven Rechtsmittel, welches sie kennen, — der als Surrogat der Appellation erscheinenden Revision nämlich — durch die Nothwendigkeit der Actenversendung für die mangelnde Devolutiv-Kraft zu entschädigen suchen.*

(c) *und zwar den nächsten II. 28. X. c. 66.*

Durch diese Wirkung wird mithin ein neuer Richter in der Sache, in so ferne sie durch die Beschwerde vor ihn gebracht worden, zum zuständigen gemacht, und so lange dieses ist, wird eben dadurch dem bisherigen Richter alle Zuständigkeit in so ferne benommen, so dafs, bey an sich zuständigen Rechtsmitteln, diesem nicht einmal ein Erkenntnifs über das Vorhandenseyn der Bedingungen zur Devolution (a) gebühren kann, weil das Erkenntnifs über die Bedingungen der Zuständigkeit aus dem nämlichen Grunde hier dem Richter zweyter Instanz zugesprochen werden mufs, aus welchem es bey der Klage dem Richter erster Instanz nicht bezweifelt wird. In dem Devolutiv - Effect liegt daher gewissermassen zugleich ein Suspensiv - Effect (b), obgleich in einem ganz andern Sinne, als in dem des vorigen §.

Was, sey es von dem Richter oder von der Parthie, eigenmächtig geschieht, um eine der angegebenen Wirkungen der Rechtsmit-

(a) *Daher gehört selbst die Wiedereinsetzung gegen versäumte Nothfristen einzig vor den höheren Richter.*

(b) *Gönner a. a. O. XVIII.*

tel zu stören, ist *Attentat*, welches nicht nur durch den höheren Richter auf Anrufen in dem schleunigsten Procefsgange (per mandata attentatorum revocatoria) vernichtet wird, sondern auch den Richter strafbar macht und diejenige Parthie, welche sich eine solche Handlung erlaubte, als ihres ergriffenen Rechtsmittels verlustig darstellt (a).

§. 209. *a.*

Nähere Betrachtung der ersten Parthie - Handlungen; 1.) der Einwendung. Cumulation mehrerer Rechtsmittel. Collision derselben.

Die Einwendung mufs eigentlich eine *bestimmte* seyn, sie mufs daher das Resultat der Wahl unter mehreren *electiv* concurrirenden Rechtsmitteln enthalten, und das gewählte Rechtsmittel mufs ein, schon wirklich begründetes seyn (b). Doch gestattet man, wegen

(a) *II.* 28. X. c. 42.

(b) *Gegen künftige Beschwerden kann man daher mit Wirkung nicht schon zum Voraus Rechtsmittel einlegen* (*Claproth* §. 352.), *wohl aber kann man mit einem declaratorischen Gesuche die Einwendung eines Rechtsmittels eventuell verbinden, weil in diesem Falle das Rechtsmittel gegen eine, schon gegen-*

der Kürze des, für die Einwendung der ordentlichen Rechtsmittel bestimmten Nothfrist, ausser Sachsen (a), eine *elective* Häufung in der Einwendung (interpositio quorumvis remediorum electiva), wo alsdann der Richter zu der nothwendigen Wahl eine Frist bestimmt, welche jedoch keine Aenderung der, in den Gesetzen für die Einführung oder Rechtfertigung festgesetzten, von dem Tage der Einwendung an laufenden Nothfrist enthält (b).

Dagegen können allerdings mehrere Rechtsmittel, auch ganz verschiedener Art, gegen das nämliche Erkenntnifs zusammentreffen. Diefs kann geschehen 1.) dadurch, dafs beyde Theile, sey es über den nämlichen Punkt der Sentenz oder über verschiedene, Rechtsmittel gebrauchen, 2.) dadurch, dafs *dieselbe* Parthie gegen dasselbe Urtheil mehrere Rechtsmittel gebraucht, welches *α*) in Ansehung verschiedener Punkte ohne weiteres, selbst in Ansehung ganz verschiedener Rechtsmittel, geschehen *kann*, nicht selten sogar geschehen

wärtig möglicher Weise existirende Beschwerde gerichtet ist.

(a) *Biener syst. Proc.* §. 174.

(b) *von Berg Rechtsfälle n. V.*

mufs, dagegen *β*) in Ansehung des nämlichen Punktes nur dann zulässig ist, wenn in der Cumulation, weder in Ansehung des Zweckes noch in Ansehung der Mittel, ein Widerspruch enthalten ist (a).

Bey diesem Zusammentreffen entsteht dann mitunter, nach gemeinem Rechte seltner, aber nach dem, so viele *blofs suspensive* ordentliche Rechtsmittel kennenden Particularrechte um so häufiger, eine *Collision*, indem mit der vollständigen Behandlung des devolutiven Rechtsmittels eine gleichzeitige vollständige Behandlung des suspensiven nicht verträglich ist. In solchen Fällen müssen zwar Anfangs die mehreren Rechtsmittel alle als selbstständig betrachtet und behandelt werden, wenn aber die Acten an das höhere Gericht eingefordert werden, so wird nun das Verfahren über das suspensive Rechtsmittel einstweilen gehemmt, ja es kann auch die Befugnifs, über das suspensive Rechtsmittel zu erkennen, dem höheren Richter erworben werden, wenn diese bey *connexen* Beschwerden

(a) *Gönner a. a. O. §. 36. Pütter de querelae nullitatis et appellationis conjunctione. vid. Opuscul rem. iud. illustrant. n. VIII.*

aus der Statt gefundenen Devolution der *ganzen* Sache, oder doch in solchen Fällen, wo der höhere Richter bey der reformatorischen Sentenz die Acten nicht remittirt, aus der Unmöglichkeit einer Verhandlung vor dem unteren Richter fließt (a).

Immer enthält die *Einwendung*, welche bald *mündlich* zu Protocoll, selbst gleich bey der Publication der Sentenz (stante pede), bald in einer besonderen *Interpositionsschedel* vorgetragen werden kann, nichts weiter, als eine kurze bestimmte Erklärung, daſs man, während der noch laufenden Nothfrist, das bestimmte oder noch zu bestimmende Rechtsmittel gegen die beschwerende Sentenz gebrauchen wolle, womit die Bitte, dem Rechtsmittel zu deferiren und dasjenige, was zu der Fortsetzung desselben gehört, zu verfügen, verknüpft wird.

Die Beschwerden schon izt aufzustellen, ist bey suspensiv - und devolutiven Rechtsmitteln ohne allen Zweck, bey *bloſs* suspensiven hingegen wird es hier und da aus den

(a) *Pufendorf T. II. obs. CX. Mevius P. VIII. D. 425. Martin §. 199.*

nämlichen Gründen erfordert, aus welchen man es bey devolutiven in der Einführung verlangt (s. d. folg. §).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daſs die Einwendung, als selbstständige processualische Handlung, bey den *ausserordentlichen* Rechtsmitteln nicht vorkomme, indem bey diesen eine Trennung der Erklärung, daſs man von dem Rechtsmittel Gebrauch machen wolle, von dem wirklichen Gebrauche, oder der Aufstellung und Rechtfertigung der Beschwerden keinen Zweck haben würde, vielmehr es gewiſs ist, daſs die für diese Rechtsmittel bestimmten Zeitfristen nicht durch eine bloſse Einwendung derselben gewahrt werden können.

§. 209 *b*.

2.) *der Einführung und Rechtfertigung.*

Bey allen bloſs suspensiven Rechtsmitteln folgt auf die *Einwendung* sogleich die Rechtfertigung derselben. Diese ist, wenn man nicht, mit bloſser Aufstellung seiner Beschwerden, sich auf die Vorakten bezieht (a), eine juristische Ausführung, daſs wirklich in

(a) *J. R. A. §.* 65. 75.

Ansehung der, die Beschwerden bildenden Punkte rechtlich anders hätte geurtheilt werden sollen, und daſs man bey dem, mit Beobachtung aller gesetzlichen Vorschriften (a), gebrauchten Rechtsmittel eine Abänderung der Beschwerden erwarten dürfe. Dieser Ausführung eine gedrängte Darstellung der Lage der Sache, als historischen Theil, vorauszuschicken, ist bey bloſs suspensiven Rechtsmitteln nur dann von Nutzen, wenn man in einer unrichtigen Ansicht dieser Lage einen Grund des widrigen Erkenntnisses zu finden glaubt.

Bey suspensiven *und* devolutiven Rechtsmitteln dagegen muſs die, bey dem höheren, mit der Lage der Sache noch unbekannten Richter vorzunehmende Aufstellung und Rechtfertigung der Beschwerden immer durch die Vorausschickung des angegebenen historischen Theils unterstützt werden. Auch ist mit ihr die Erklärung, daſs man durch das ergriffene Rechtsmittel die Sache an den höheren Richter bringen wolle und die Ausführung, daſs

(a) *Die Ausführung dieses Punktes (Rechtfertigung der Formalien) geht natürlich der Rechtfertigung der Materialien voraus.*

dieſs rechtlich geschehen könne [dessen Jurisdiction fundirt seye] zu verbinden.

Es ist indessen hergebracht, daſs man der ersten Frist nach der *Einwendung* durch eine bloſse *Einführung* des ergriffenen Rechtsmittels Genüge leisten und nun um eine neue Frist zur Rechtfertigung der Beschwerden bitten könne. Die Einrichtung dieser *Einführungsschrift* ist, nach den Observanzen der Gerichte, sehr verschieden. Bey manchen ist sie eine, im Grunde unnütze, kurze Erklärung, daſs man das, nach der beyzulegenden Bescheinigung, gehörig eingewendete Rechtsmittel hiermit einführen und um einen Rechtfertigungstermin bitten wolle. Bey andern dagegen enthält sie, mehr mit den Gesetzen übereinstimmend (a), den ganzen historischen Theil der Rechtfertigung, die Begründung der Jurisdiction, Rechtfertigung der Formalien und Aufstellung der Beschwerden (b), eine Methode, welche darum unstreitig die zweckgemäſsere ist, weil nun der Richter doch in den Stand gesetzt ist, bey offenbar unzulässigen und, nach den geschichtlichen Vor-

(a) *J. R. A.* §. 64.

(b) *Claproth* §. 391.

aussetzungen selbst, frivolen Rechtsmitteln, durch eine alsbaldige abschlägliche Verfügung, für die Abkürzung eines ungerechten Processes thätig zu seyn.

§. 210 *a.*

Richterliche Verfügungen auf die Einwendung und Rechtfertigung. 1.) Bey blofs suspensiven Rechtsmitteln.

Sobald das blofs suspensive Rechtsmittel eingewendet worden, mufs der Richter diese Einwendung seiner Prüfung unterwerfen. Diese Prüfung kann aber izt noch keine andre Fragen zum Gegenstande haben, als: 1.) Ob in dem vorliegenden Falle der Gebrauch eines Rechtsmittels *überhaupt* rechtlich *möglich* seye? 2.) Ob diefs der Fall in Ansehung *dieses* Rechtsmittels seye? 3.) Ob die zu dem Gebrauche dieses Rechtsmittels gesetzlich zur unerlafslichen Bedingung gemachten Formalien gewahrt seyen? Ist eine dieser Fragen mit *Nein* zu beantworten, so ist das eingewandte Rechtsmittel schon izt sogleich zu verwerfen.

Auf die Erheblichkeit der Beschwerden dagegen kann izt noch keine Rücksicht genom-

men werden, und selbst wenn sie schon in der Einwendungsschrift aufgestellt werden (§. 209 a.), dürfte doch nur eine, über jeden denkbaren Zweifel erhobene Unvernünftigkeit derselben eine Abschlagung der gebetenen Rechtfertigungsfrist, wegen Frivolität, rechtfertigen können.

Sobald aber die Rechtfertigungsschrift eingekommen ist, sind nun, ausser der Rücksicht auf die weiteren Formalien nach der Einwendung, die Beschwerden der Gegenstand der sorgfältigsten Prüfung, deren Resultat dann dem Richter bestimmen wird, ob, bey dem Mangel bündiger Gründe, nun das Rechtsmittel, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden, abzuschlagen, oder, bey dem Daseyn bündiger Gründe, eine weitere gesetzliche Verhandlung in zweyter Instanz, durch Mittheilung der Rechtfertigung an den Gegentheil zur Beantwortung, einzuleiten seye (Processe zu erkennen seyen) (*).

Nicht leicht wird, auch bey bündig gerechtfertigten Beschwerden, schon izt, ohne

(*) *Relevanzbescheid.*

Verhandlung, *reformirt* (a) werden können, dagegen kann es keinem Zweifel unterworfen seyn, daſs der Richter, wenn er eine oder alle Beschwerden auf einen bloſsen Miſsverstand seiner Sentenz gegründet findet, schon izt, durch eine *Erklärung* seines Spruches, dieselben aufheben und dadurch das gebrauchte Rechtsmittel, ganz oder zum Theile, unnöthig machen könne (b). Eben dieses kann denn auch schon bey der Einwendung geschehen, wenn in derselben die Beschwerden aufgestellt worden sind.

§. 210 *b*.

2.) *Bey devolutiven Rechtsmitteln.*

Bey den devolutiven Rechtsmitteln hat der Oberrichter, sobald das Rechtsmittel ein-

(a) *Daſs der Richter Fehler, welche nach den Gesetzen nicht rechtskräftig werden, wie Rechnungsfehler* [*XLIX.* 8. *fr.* 1. *§.* 1.] *sogleich aufheben könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Er würde dieſs, selbst ohne den Gebrauch eines, im Grunde hier unstatthaften Rechtsmittels, gekonnt haben.*

(b) *Gatzert pr. de rest. i. i. effectu nonnunquam declaratorio in supremis imperii judiciis, Gissae* 1780. *verb. mit Gönner a. a. O. §. XLIX.*

geführt ist, die nämlichen Rücksichten für seine Prüfungen und Entscheidungen, welche bey dem blofs suspensiven Rechtsmittel, von der Einwendung an (§. 210 a.), zu nehmen sind. Nur kann der Oberrichter unbedenklicher schon auf die blofse Rechtfertigungsschrift die Beschwerden, durch Abänderung der vorigen Sentenz, aufheben, wobey jedoch vorausgesetzt wird, dafs er zuvor die vollständigen Acten erster Instanz eingesehen habe, und seine Abänderung sich einzig auf diese Acten, nicht auf neue, etwa in der zweyten Instanz zulässige factische Vorträge der Rechtfertigungsschrift stütze (§. 79. vergl. jedoch auch §. 211 am Ende).

Uebrigens ist hier zu bemerken, dafs, wenn der Oberrichter ein weiteres Verfahren in zweyter Instanz über die gerechtfertigten Beschwerden nothwendig findet, die hierzu erforderlichen Verfügungen nicht blofs in der Mittheilung der Rechtfertigungsschrift zur Beantwortung bestehen können, sondern auch auf dasjenige gerichtet seyn müssen, was daraus, dafs er die Sache als vor ihn gehörig (an ihn *erwachsen*) betrachtet, folgt. Hierzu gehört

nämlich noch immer die Einforderung der Acten erster Instanz (literae compulsoriales) und, bey zugleich suspensiven Rechtsmitteln, die Aufhebung aller Befugniſs des Unterrichters zu Richter - Handlungen in dieser Sache (inhibitoriales). Die Erlassung dieser drey Verfügungen zusammen nennt man die Erkennung der *vollen* Processe. Am zweckgemässesten ist es ohnstreitig, nie diese vollen Processe auf einmal zu erkennen, sondern immer, nach eingebrachter, nicht in sich selbst verwerflichen Rechtfertigungsschrift, zuerst die Compulsorialien zu erlassen und dann erst, nachdem die Acten erster Instanz mit Bericht (a) eingegangen und daraus die Actenmäſsigkeit des Vortrags in der Rechtfertigungsschrift ersehen worden ist, die übrigen Verfügungen folgen zu lassen.

§. 210 c.

Fortsetzung.

Am schwierigsten ist die Bestimmung der Befugnisse und Verbindlichkeiten des Unterrich-

(a) *Dieser Bericht muſs die Entscheidungsgründe des Unterrichters enthalten. Eine sehr zweckmäſsige Einrichtung! J. R. A. §. 60. 61.*

richters bey eingewendeten suspensiv - und devolutiven Rechtsmitteln.

So viel ist gewiſs, daſs der Unterrichter nichts über die Erheblichkeit der Beschwerden zu bestimmen habe. Dagegen ist es eben so gewiſs, daſs der Unterrichter auf das eingewendete Rechtsmittel zu erklären habe, ob er demselben Statt gebe (deferire), oder nicht (a), und daſs er dem Zeugnisse über das eingewendete devolutive Rechtsmittel und die beobachteten Nothfristen (apostoli, literae dimissoriae (b)), jene Verfügung einzurücken (entweder apostolos *refutatorios* (c) oder *reverentiales* zu ertheilen (d)) habe. — Es ist ferner ausser Zweifel, daſs die apostoli refutato-

(a) *XLIX. 5. Dip.*

(b) *Dieses war ehemals unumgänglich nothwendig, nach deutschem Rechte aber nur nützlich. C. d. K. G. O. II.* 32.

(c) *Diese enthalten immer die Gründe des Abschlags.*

(d) *Ist vor einem Notar das Rechtsmittel eingewendet, so heiſst dessen Zeugniſs apostoli testimoniales. — Einige kennen auch noch conventionales, restitutorios, ja sogar dimissorios.*

rii keine Rechtskraft erhalten, daſs es deſswegen, um die Sache an den Oberrichter zu bringen, keiner neuen Ergreifung eines Rechtsmittels gegen dieselben bedürfe (a), und daſs auf der andern Seite eine solche Wiederholung des Rechtsmittels den Unterrichter nicht verbinden könne, nunmehr apostolos reverentiales ertheilen zu müssen (b), — um so zweifelhafter aber ist es, was denn nun eigentlich für eine Kraft der unterrichterlichen Verfügung auf das eingewendete Rechtsmittel zugeschrieben werden müsse. Die, der Natur der Sache und der Rechtsanalogie gemässesten Bestimmungen hierüber dürften wohl folgende seyn:

1.) Wenn das eingewendete Rechtsmittel *an sich* rechtlich *möglich* ist, und der Unterrichter demselben nur darum, weil die *Nothfristen* nicht beobachtet worden, nicht deferiren kann, so darf sein Verwerfungsde-

(a) *So hat das R. K. Gericht am 16. Febr. 1715. durch ein concl. pleni entschieden. Balemann Visit. Beschlüsse S. 258.*

(b) *Gönner Handb. XLI. §. 6. Manche behaupten indessen sehr inconsequenterweise das Gegentheil.*

cret ihn nie berechtigen, der hier, vermittelst einer, nur von dem Oberrichter zu verfügenden (§. 208 b.) Wiedereinsetzung, noch immer möglichen Devolution der Sache an den Oberrichter zu praejudiciren (a). Sobald daher derjenige, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, anzeigt und bescheinigt, daſs er sich wirklich an den Oberrichter gewendet habe, muſs der Unterrichter seine Gewalt so lange interimistisch suspendiren, bis der Gegentheil ein abschlägliches Decret des Oberrichters aufzuzeigen vermag.

2.) Wenn hingegen das eingewendete Rechtsmittel *an sich* rechtlich unmöglich ist, so kann der, aus diesem Grunde demselben nicht deferirende Richter sich in der Ausübung seiner Gewalt dadurch, daſs ein Theil den Oberrichter angegangen hat, nicht stören lassen, ja es würde sogar Justizverweigerung seyn, wenn er, auf des Gegentheils Auffordern, nicht in der Sache fortfahren wollte, so lange ihn noch nicht Inhibitorialen des Oberrichters hemmen.

3.) Wenn endlich der Unterrichter dem ergriffenen, an sich statthaften Rechtsmittel

(a) *VII.* 62. *Cod. c.* 3.

deferiren muſs, so muſs er seine Gewalt als interimistisch suspendirt betrachten, und darf den möglichen, von dem Oberrichter dereinst zu bestimmenden Wirkungen des Rechtsmittels nicht entgegen handeln. Da indessen des Oberrichters Verfügung hierüber erst nach einem geraumen Zeitverlaufe erhalten werden kann, so ist das Recht des Unterrichters, aus Gründen, welche überhaupt provisorische Verfügungen rechtfertigen können (§. 258), auch *mit provisorischer Wirkung* dem eingewendeten Rechtsmittel die Suspensiv-Kraft abzusprechen, und die Verbindlichkeit dessen, welcher das Rechtsmittel eingewendet hat, sich dieser provisorischen Verfügung zu fügen, nicht zu verkennen (a).

§. 211.

Folge der erkannten Processe. Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels. Adhaesionen.

Durch die erkannten Processe kömmt im Allgemeinen die Sache zu dem Gerichte in das nämliche Verhältniſs, wie in dem Verfahren erster Instanz durch die Ladung.

Durch die frühere Insinuation derselben begründet daher, bey concurrirenden Oberge-

(a) *Ueberhaupt s.* Gönner *in der angef. Abh.*

richten, das eine die Prävention (§. 52.), und dem Geladenen muſs die Befugniſs, sich, wegen Mangels der Gründe für die Jurisdiction des Richters zweyter Instanz, forideclinatorischer Einreden zu bedienen, zustehen.

In so ferne aber äussert sich doch auch hierbey ein wichtiger Unterschied zwischen dem Verfahren in dieser und dem Verfahren in der ersten Instanz, daſs bey jenem die forideclinatorischen Einreden nicht von der *eventuellen* Erklärung über die Beschwerden befreyen (a), und daſs, nach einer fast allgemein angenommenen Meinung, in jenem keine Prorogation der Gerichtsbarkeit aus der unbedingten Einlassung erfolgen soll (§. 218 not. *).

Die wichtigste aller Folgen der erkannten Processe ist indessen die hierdurch erzeugte Möglichkeit einer *Gemeinschaft* des Rechtsmittels. Vermöge dieses, nicht in der Natur der Sache, aber unbestritten in unsern Gesetzen (b) gegründeten Rechtes, geht die von dem einen Theile durch ein Rechtsmittel angegriffene Sentenz, *in so ferne sie dieses*

(a) *J. R. A. §.* 70.

(b) *Cod. VII.* 62. *c.* 39. *I.* 6. *c.* 4. *in* 6*to.*

ist (a), auch nicht gegen den andern Theil in Rechtskraft über, sondern dieser erhält durch die Erkennung der Processe das Recht, eine Abänderung der angegriffenen Stellen auch zu *seinem* Vortheile zu *verlangen* und, in seiner Antwort auf die, bis dahin nicht zurückgenommenen Beschwerden (b) seines Gegners, dem, von demselben ergriffenen Rechtsmittel zu *adhäriren.* (c) Ist diese, die Adhäsion

(a) *Pütter de utriusque partis appellatione ejusque communione vel adhaesione in Opusc. rem. iud. illustr. n. XII. §.* 18. 19. *Gönner III.* 38. *§. XXXI.*

(b) *S. die in der vorig. Note angef. Pütter und Gönner.*

(c) *Wenn die eine Parthie während der laufenden Nothfrist das nämliche Rechtsmittel, welches der Gegentheil schon eingewendet hat, gebraucht, so nennt man diefs wohl auch mitunter Adhäsion, und setzt es unter dem Namen der Principaladhäsion der, in dem §. bezeichneten, als accessorischer Adhäsion, entgegen, allein in der Sache ist jene durchaus selbstständiges, von allen Formalien abhängiges Rechtsmittel. Uebrigens concurrirt aber die eigene Einwendung eines Rechtsmittels, oder Principaladhäsion mit der accessorischen electiv. Biener Syst. proc. §.* 177.

enthaltende Erklärung einmal geschehen, so ist nun die Rechtskraft der Sentenz, auch in Hinsicht der Gegenparthie dessen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hatte, suspendirt und dieses einmal erworbene Recht ist nun selbstständig. Adhärirt dagegen die Gegenparthie in ihrer Antwort auf die Beschwerden dem Rechtsmittel nicht, so ist von nun an gegen sie die Sentenz unabänderlich rechtskräftig.

Diese rechtliche Möglichkeit der Adhäsion scheint mir übrigens noch ein sehr wichtiger Grund gegen Reformatorien, ohne erkannte Processe, zu seyn, sobald sich eine Beschwerde des Gegentheils auch nur entfernterweise denken läſst.

§. 212 a.

Weiteres Verfahren in zweyter Instanz.

Das Verfahren in zweyter Instanz hat übrigens, nach erkannten Processen, fast nichts Eigenthümliches. Auf den Beschwerdenlibell folgt die Antwort des Gegentheils, bey manchen Rechtsmitteln alsdann auch noch Replik und Duplik. Nach geschlossenen Verhandlungen wird die angeblich beschwerende Sentenz durch eine neue entweder (ganz oder

theilweise) *bestätigt*, oder *abgeändert* (*reformirt*).

Ist das Erkenntniſs ganz *bestätigt*, so wird, bey devolutiven Rechtsmitteln, nunmehr die Sache ohne Zweifel an den Richter erster Instanz zurückgewiesen (a) (*Remissoriales* erlassen). Ist das Erkenntniſs ganz *reformirend*, so leidet es eben so wenig Zweifel, daſs, wenn nur von Vollstreckung dieses Erkenntnisses die Rede ist, diese dem reformirenden Richter als Vollstreckung *seiner* Sentenz, gebühre und nur ein Auftrag des oberen Richters den unteren zur Vornehmung der hierzu erforderlichen Handlungen berechtigen könne.

Dagegen scheinen die kanonischen Gesetzesstellen (b), welche bey jedem, sey es ganz oder zum Theile, reformatorischen Erkenntnisse es der Willkühr des oberen Richters überlassen, ob er die Sache zum weiteren Verfahren an das untere Gericht remittiren wolle, oder nicht, — nicht ganz zu dem reichsgrundgesetzlichen Rechte des Deutschen auf die angeordneten Instanzen zu passen. Vielmehr dürfte wegen dieser nothwendigen

(a) *II.* 28. *X. c.* 59. 61.

(b) *Vergl. die Gesetze in der vorhergeh. Note.*

Rücksicht behauptet werden können, daſs, wenn durch das reformirende Erkenntniſs neue Verhandlungen über einen Gegenstand eingeleitet werden, über welchen in erster Instanz nicht schon erkannt worden ist, die Sache, zur Einleitung dieser Verhandlungen, an den Richter erster Instanz zu remittiren seye (a).

Ein *bloſs* in Nebenpunkten reformirendes Erkenntniſs übrigens wird einem ganz confirmatorischen, ein *bloſs* in Nebenpunkten confirmirendes einem ganz reformatorischen gleich geachtet werden müssen.

§. 212 *b.*

Beschluſs. Aufhebung der Rechtsmittel ohne Sentenz.

Auch ohne Sentenz kann manchmal das Verfahren zweyter Instanz aufgehoben werden. Dieſs geschieht 1.) wenn derjenige, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, während des Verfahrens unbeerbt stirbt (b), 2.) wenn derselbe ausdrücklich, oder stillschweigend verzichtet (*).

(a) *Gönner III.* 39. *§. XXXIII. folg.*

(b) *XLIX.* 13. *Dig. VII.* 66. *Cod.*

(*) *VII.* 62. *C. c.* 28. *II.* 28. *X. c.* 70.

Der Verzicht kann ausdrücklich erklärt, er kann aus concludenten Handlungen gefolgert werden. Im ersteren Falle kann er a) vor der Sentenz mit Wirkung (a) Statt finden und zwar *speciell erklärt*, selbst auf ausserordentliche Rechtsmittel, (b) er kann aber auch b) erst nach gefällter Sentenz vorkommen, wo er denn, *vor* der Einwendung erklärt, *in der Regel* nur die ordentlichen Rechtsmittel begreift, *nach* der Einwendung aber von dem eingewendeten Rechtsmittel zu verstehen ist.

Im lezten Falle geht der stillschweigende Verzicht nur so weit, als die Handlung, woraus er gefolgert wird, concludent ist, und also möglicher Weise selbst auf die ausserordentlichen Rechtsmittel, wenn *wissentlich* eine, mit dem Gebrauche derselben in Widerspruch stehende Handlung vorgenommen wird. Bey versäumten Nothfristen eines ordentlichen Rechtsmittels (c) wird daher nicht leicht eine Verzichtung auf die ausserordentlichen Rechts-

(a) *XLIX. 2. D. fr. 1. §. 3. VII. 63. Cod. c. ult.* §. 6.

(b) *in so ferne dabey Verzicht denkbar ist.*

(c) *II. 15. c. 6. in 6to.*

mittel angenommen werden können, dagegen wird diefs schon eher bey einem geschehenen, mit der Wirkung des eingewendeten Rechtsmittels unverträglichen Rücktritt zu dem Unterrichter, und am leichtesten bey der wirklichen Erfüllung des Innhaltes der Sentenz *möglich* seyn (a).

(a) *Sehr schön hat diese Lehre* Gönner *III.* 38. *§. XXXVIII. folg. behandelt. Vergl. auch* Böhmer *de appellat. interp. renunc. in Elect. juris Civ. T. I.*

Zweytes Kapitel.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz nach Verschiedenheit der ergriffenen Rechtsmittel.

I. Rechtsmittel der Appellation.

§. 213.

Wann und in wieferne die Appellation Statt findet.

Unter der Appellation versteht man dasjenige *ordentliche* Rechtsmittel, durch welches die Untersuchung und Entscheidung der Sache in zweyter Instanz an den nächsten Oberrichter dessen, welcher in erster Instanz gerichtet hatte, gebracht wird, diejenigen Fälle ausgenommen, wo gegen eine unheilbare Nichtigkeit des Urtheils erster Instanz die Beschwerde gerichtet ist. Dieses Rechtsmittel kann, insoferne nicht der Mangel gewisser, durch besondere Gesetze vorgeschriebener Bedingungen (unter welche gewöhnlich eine bestimmte Ap-

pellationssumme gehört (a),) entgegensteht, gegen jede richterliche *Sentenz* (§. 101) ergriffen werden. Jedoch sind hiervon natürlicher Weise diejenigen Erkenntnisse ausgenommen, welche, ihrer Natur und den Gesetzen nach, sogleich in Rechtskraft übergehen. Es gehören hierhin 1.) die bloſsen Erklärungsurtheile, welche auf den abgeschwornen, oder verweigerten, sey es zugeschobenen oder auferlegten, Eid gegeben werden (*) (§. 127). 2.) Diejenigen, welche, dem Contumacialverfahren zur Folge, die angedrohte Strafe gegen den Versäumenden verhängen (b), es müſste denn die angedrohte Strafe selbst als eine unrechtliche angefochten werden. Wenn der vermuthliche Contumax behauptet, daſs bey ihm keine Contumaz angenommen werden könne, so muſs er bey dem nämlichen Richter Restitution suchen. 3.) Diejenigen, welche in höchster In-

(a) *Landesgesetze schreiben deren gewöhnlich vor. Die Reichsgesetze die Summe von* 600 *fl. in Ansehung der Appellationen an die Reichsgerichte. J. R. A. §.* 112.

(*) *XLII.* 1. *D. fr.* 56. *IV.* 1. *Cod. c.* 12. *§.* 1. 3.

(b) *VII.* 65. *Cod. const.* 1.

stanz gegeben werden (a). Gegen simple Decrete und Policeyverfügungen (b) können übrigens wohl Provocationen an den höheren Richter (appellationes extrajudiciales), aber keine gerichtlichen Berufungen, als eigentliche Rechtsmittel gegen Sentenzen, Statt finden. (§. 101),

§. 214.

Wirkungen der Appellation.

Die Appellation hat in der Regel die vollen Wirkungen eines suspensiven und devolu-

(a) *Die Verordnung des gemeinen Rechts, daſs gegen die dritte gleichförmige Sentenz nicht appellirt werden könne* [*VII.* 70. *Cod. Nov.* 82. *c.* 5. *II.* 28. *X. c.* 5. 65] *ist in Deutschland nicht anwendbar. Die höchsten Reichsgerichte können auf sie nicht achten, weil sie nur bey sich eine* d r i t t e *Instanz anerkennen können, in den einzelnen Landen aber würde sie, wenn nicht das Gegentheil besonders bestimmt ist, mit der Organisirung mehrerer, als* 3. *Instanzen, im Widerstreit seyn. In manchen Landen scheint es indessen freylich, als ob man die Herbeyführung dreyer* u n u n t e r b r o c h e n *gleichförmigen Urtheile als das einzige legale Ende der sonst endlosen Instanzenzulassung betrachte.*

(b) *Dahin gehören auch die Verfügungen in dem sogenannten possessorio summariissimo.*

tiven Rechtsmittels (§. 208). Die Devolutiv-Wirkung kann *nie* von derselben entfernt seyn. Die Suspensiv-Wirkung dagegen kann es, und findet wirklich mitunter, bald wegen besondrer Befreyungen, wie in Wechselsachen, wo strenges Wechselrecht gilt (a), bald aus den Gründen nicht Statt, aus welchen überhaupt provisorische Verfügungen gerechtfertigt werden können (§. 138).

Dafs die Appellation auch die Wirkung haben sollte, den Rechtsstreit in die Lage zurückzusetzen, in welcher er sich zur Zeit der Einlassung in der ersten Instanz befunden hat (b), ist eine irrige und sehr gefährliche Behauptung. Es steht zwar den Parthieen allerdings frey, neue rechtliche Deductioneu ihrer Ansprüche zu liefern, ja, bey Appellationen von Endurtheilen und mit gleicher Kraft versehenen Interlocutorien (*), selbst durch neues *factisches* Vorbringen den Beweis der ohnehin nicht ungegründeten Beschwerden zu *unterstützen* (c); allein sie dür-

(a) *J. R. A.* §. 107.

(b) *Danz a. a. O.* §. 416. *ibique citt.*

(*) *II.* 12. *Clem. c.* 5.

(c) *VII.* 62. *Cod. c.* 6. §. 1, 2. *c.* 37. *in fin. VI.* 63. *Cod. c* 4. *R. D. A.* 1600. §. 114.

fen 1.) weder auf neue Thatsachen neue Ansprüche (sey es als Klagen, Wiederklagen, oder Einreden) gründen und dadurch dem Gegner das Recht der ersten Instanz entziehen (a), noch 2.) neue Beweise, in Ansehung welcher die Präclusivkraft des Beweistermins in erster Instanz ihre Wirkung äufsern mufste, vorbringen, es sey denn, dafs sie, zur Begründung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eidlich erhärteten: „dafs sie das angegebene An- und Vorbringen in erster Instanz nicht vorbringen können, oder doch einzubringen nicht für nöthig oder dienlich geachtet, nunmehro aber dafür hielten, dafs solches alles zur Erhaltung ihres Rechtes dienlich oder nothwendig seye (b)"

§. 215.

(a) *Cod. VII. 63. const. 4. K. d. K. G. O. III. 39. §. 4.*

(b) *J. R. A. §. 73. Besser ist freylich die Verordnung in I. 6. c. 4. in 6to. Die Uebereinstimmung dieses Theils des Appellationseides mit dem, wenn gleich erst später eingeführten Restitutionseide, läfst keinen Zweifel übrig, dafs die Gesetze, zwar keine Verwandlung der Appellation in blofse Restitution, aber wohl eine Verbindung dieser mit jener gestatten. Ueberh. vergl. Gönner III. 39. §. VI. folg.*

§. 215.

Verfahren in der Appellationsinstanz.

Die Einwendung der Appellation geschieht, wie die eines jeden Rechtsmittels, (§. 209 a.) durch eine mündliche oder schriftliche Erklärung: daſs man sich durch das richterliche Erkenntniſs für beschwert halte, deswegen hiermit die Appellation an den Oberrichter gegen dasselbe ergreife, und, dieser eingewendeten Appellation zu deferiren, bitte. (a) Hat man die gesetzliche Nothfrist für die Einwendung versäumt, so bedarf es, wenn man Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht, gar keiner Einwendung, sondern die Appellation wird nun, sogleich bey dem Vortrage der Bitte um Wiedereinsetzung, über welche der Oberrichter zu erkennen hat (§. 208 b. 210 c.), als unter Voraussetzung der

(a) *Bey der Appellation gegen simple Interlocute soll die Einwendung zugleich die Aufstellung der Beschwerden enthalten, damit der Unterrichter sehen könne, ob er dieselbe nicht selbst aufheben wolle* [*II.* 28. *X. c.* 60. *II.* 15. *c.* 1. 11. *in* 6*to*]. *Eben dieser Grund beweiſst aber, daſs dieſs nicht bey interlocutorischen* S e n t e n z e n, *sondern nur bey Provocationen von bloſsen Decreten erforderlich seyn könne.*

Genehmigung dieser Bitte rechtlich vorhanden, *gerechtfertigt*, oder doch wenigstens *eingeführt*, dem Unterrichter aber hiervon, mit der Bitte um interimistische Sistirung des Verfahrens, nur eine Anzeige gemacht.

Binnen einer zweyten Nothfrist von 30 Tagen nach eröffnetem Urtheile erster Instanz, müſste hierauf der Appellant, nach römischen Gesetzen (a), um die Apostel (§. 210 c.) bitten; allein nach den Reichsgesetzen ist dieses nicht mehr *nothwendig* (b). Statt dessen aber soll, binnen einer gesetzlichen Nothfrist von 30 Tagen, von der geschehenen Einwendung an gerechnet, bey Strafe der Desertion, um Mittheilung der Acten erster Instanz gebeten werden (c). Räthlich ist es daher, die Gesuche um Ertheilung der Apostel und Mittheilung der Acten sogleich mit der Bitte in der Einwendung zu ver-

(a) *XLIX.* 6. *D.* — *Cod. VII.* 62. *const.* 6.

(b) *K. G. O. Th.* 2. *T.* 30. *§.* 1.

(c) *K. G. O. a. a. O. T.* 31. *§.* 1. *J. R. A. §.* 61. 63. *Sonderbar zwar, aber keineswegs schädlich für die Sache ist es, daſs es bloſs an dieser Actenrequisition genügt, und die wirkliche Herausgabe derselben nicht nothwendig ist.* Gönner *III.* 41. *§. II.*

binden. Die Verfügungen des Unterrichters auf die Einwendung bestimmen sich ganz nach §. 210 c., und eben so ist über die Einführung und Rechtfertigung, und die auf beyde erfolgenden oberrichterlichen Verfügungen ganz dasjenige zu wiederholen, was über das Verfahren bey suspensiven *und* devolutiven Rechtsmitteln vorausgeschickt worden ist.

II. Rechtsmittel der Revision.

§. 216.

Von der Revision als subsidiarischen ordentlichen Rechtsmittel.

Da aus zureichenden Gründen die Reichsgesetze sowohl für die Reichsgerichte, als auch, nach ihrem Beyspiele, die mehrsten Landesgesetze eine bestimmte Summe, wie hoch sich der Gegenstand des Rechtsstreites belaufen müſste, als Bedingung zum Gebrauche der Appellation festsetzen, so war es nöthig, auch für diejenigen zu sorgen, welche in Ansehung einer kleineren Summe sich in ihren Rechten gekränkt fühlten. Die Gesetze erlauben daher, in diesen Fällen sich des blos suspensiven Rechtsmittels der Revision der Acten zu bedienen, jedoch, um auch

hier wegen der mangelnden Devolutivwirkung dieses Rechtsmittels zu sichern, mit der Einwendung desselben die Bitte um Versendung der Acten an Unpartheyische zu verbinden, wenn man durch die von dem Richter erster Instanz selbst vorgenommene Revision sich nicht hinlänglich gesichert hielte (transmissio actorum in vim revisionis (a)). Uebrigens gilt von diesem, bey dem Mangel der Appellationssumme an die Stelle der Appellation tretenden Rechtsmittel durchaus alles, was von der Appellation selbst gilt, ausgenommen 1.) dafs auf sie nicht angewendet werden kann, was blos aus der Devolutivwirkung der Appellation folgt. 2.) Dafs bey ihr aber doch der Richter voriger Instanz nicht die Befugnisse habe, welche ihm bey sonstigen blofs suspensiven Rechtsmitteln zugeschrieben werden müssen (§. 210 a.), sondern die Rücksicht, dafs Actenverschickung hier die mangelnde Devolutivwirkung *ersetzen* soll, den Richter nicht nur von jeder Verfügung über die Beschwerden zurückhalten, sondern selbst bestimmen müsse, das Urtheil über die Restitution gegen versäumte Formalien (b) den Aus-

(a) *R. D. A.* 1600. *§.* 16. *J. R. A. §.* 113.

(b) *Mit diesem Restitutionsgesuche ist daher die*

wärtigen zu überlassen. 3.) Daſs in der Regel nur von jedem Theile durch *eine* Schrift verhandelt wird, wenn nicht, in der Appellationsinstanz zulässige neue factische Ausführungen vorgebracht werden (§. 214.), in welchem Falle jeder Parthie noch *eine* Verhandlung mehr gestattet seyn soll (a).

§. 217.

Von dem nicht subsidiarischen Rechtsmittel der Revision.

Auſser dem angeführten, in den Reichsgesetzen gegründeten, subsidiarischen Rechtsmittel der Revision haben verschiedene Landesgesetze und Proceſsordnungen noch andre blos suspensive Rechtsmittel, auch als nicht subsidiarisch, eingeführt. Diese führen bald gleichfalls den Namen der Revision, bald den der Supplikation, bald (wie in Sachsen) den der Leuterung (und Oberleuterung), bald den der (heilbaren) Nichtigkeitsbeschwerde u. d. gl. So verschieden diese Namen sind, so verschieden sind auch die in den einzelnen Proceſsordnungen

Rechtfertigung der Beschwerden immer zu verbinden.

(a) *R. D. A. a. a. O.*

für dieselben bestimmten Formalien. In der Regel aber sind die von der Appellation geltenten Grundsätze in so ferne man von der Devolutiv-Wirkung dieses Rechtsmittels absieht, auch bey den benannten bloſs suspensiven Rechtsmitteln von Anwendung; selbst in Ansehung der Frage, ob neue faktische Anführungen Statt finden dürfen, wo jedoch die *Revision* gewöhnlich eine Ausnahme macht. Das Verfahren bey ihnen bestimmt sich übrigens ganz nach §. 210 a und 212 a.

§. 218.

III. *Rechtsmittel der unheilbaren Nichtigkeitsklage.*

Das Rechtsmittel der *unheilbaren Nichtigkeitsklage* ist in so ferne ein *auſserordentliches*, als es selbst noch nach der Vollstreckung des Erkenntnisses, mithin ohne suspensive Kraft, binnen der, für die Dauer aller perpetuirlichen Klagen bestimmten Frist von 30 Iahren gebraucht werden kann.

Die Nichtigkeit muſs aber alsdann nothwendig eine *unheilbare* seyn, d. h. eine solche, welche nicht durch die Unterlassung des Gebrauchs *ordentlicher* Rechtsmittel für aufgeho-

ben betrachtet wird. (a) Eine solche will die neuere Gesetzgebung (b), um alle bis dahin be-

(a) *Anders bestimmt* Gönner *III. 42. diesen Begriff. Allein so sehr ich diesem würdigen Gelehrten zugebe, daſs Sentenzen über Rechte, welche der Disposition der Parthieen nicht unterworfen sind, nicht rechtskräftig werden [z. B. II. 27. X. c. 7.], so wenig kann ich in der Unveräusserlichkeit des Rechts den Erkenntniſsgrund der Nullitäten finden, von welchen der J. R. A. redet. Der Gegensatz in diesem Gesetze und die darin aufgestellten Fälle* unheilbarer *Nullitäten ergeben es zu klar, daſs unter dem* Heilbaren *nicht das der Möglichkeit eines Verzichts überhaupt unterworfene, sondern nur das, worauf die unterlassene Appellation einen Verzicht enthalten soll, verstanden seye* (Pütter *de quer. null. et appellat. coniunctione ∮. 22.*)

(b) *J. R. A. ∮.* 121 — 124. *„Nachdem von vielen Iahren her mit vieler Zeitverlierung unnöthiger Dinge vielfältig disputirt worden, ob sententia nulla oder iniusta sich erhalte, und zwar darum allein, daſs a sententia nulla in 30 Iahren die Klage prosequiret, a sententia iniqua aber intra decendium appelliret werden kann und soll; so solle* zu Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks in allen beyden Fällen, *das ist a sententia tam nulla quam iniqua, das fatale interponendae observirt — — werden.*

standenen Streitigkeiten über den Unterschied zwischen Nullitäten und Iniquitäten aufzuheben, keineswegs aus der Größse der, *in* der Sentenz enthaltenen Rechtsverletzung, sondern einzig aus dem Mangel der *nothwendigen* Voraussetzungen zur Möglichkeit einer Sentenz *überhaupt* — also nur aus *wesentlichen* Mängeln in Ansehung der Subjecte des Processes oder des Processes selbst — abgeleitet wissen(a).

Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parthey, oder aus den substantialibus des Processus nach sich führen, verbleibt es bey der Disposition des gemeinen Rechts.“ Sonderbar, wie Pütter a. a. O. behaupten kann, dieses Gesetz enthalte nur Beyspiele der unheilbaren Nichtigkeit, bestimme aber nicht den Begriff eines defectus insanabilis!

(a) *Zwar hat Kopp Dec. Trib. Cass. T. I. dec.* 118. *aus den Reichstagsacten bewiesen, daſs auch in Ansehung des Innhaltes der Sentenzen manches von den Gesetzverfassern als unheilbar nichtig betrachtet wurde, (vergl. auch Jaup de privilegiorum de non appellando S. R. I. statibus concessorum effectu quoad querelas nullitatis ——— et alia remedia. (Gissae*

Kein anderer Unterschied dürfte sich auch der Gesetzgebung empfehlen, am wenigsten der schwankende zwischen dem, was contra ius *in thesi* und in *hypothesi* ist (a).

1777. §. *VI.*), *allein gesetzlich ist diese Ansicht zum Glücke nicht geworden.* —

(a) *Vergl. Gönner a. a. O.* §. *XXV. und folg.* — *Ueberhaupt ist noch über diese Lehre zu vergleichen Schnaubert Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten. Giessen* 1780. *Weiſs de causis et praescript. quer. nullitatis, Lips.* 1801.

(*) *Daſs eine Sentenz gegen eine rechtskräftige Sentenz (deren Existenz nicht selbst Gegenstand des Streites ist) nichtig* [*II.* 27. *X. c.* 20. *VII.* 50. *Cod. c.* 1.], *und auch nach dem J. R. A. unheilbar nichtig seye, dürfte auch nach der obigen Darstellung behauptet werden können, indem für einen jeden Versuch, formelles Recht der Parthieen zu bestimmen, es unnachlässige Bedingung in einem jeden Staate, welcher sich nicht selbst wiedersprechen will, seyn muſs, daſs dieses formelle Recht nicht schon unabänderlich bestimmt seye. Daher auch keine Möglichkeit einer reformirenden Appellationssentenz gegen die, bey versäumten Nothfristen, rechtskräftig gewordene erste Sentenz. Daher die nothwendige Rücksicht des Appellationsrichters auf diese Rechtskraft der ersten Sen-*

§. 219.

Fortsetzung. Devolutiv-Wirkung. Verfahren.

Der Natur der Sache und dem Geiste der Gesetze (a) nach, mufs die unheilbare Nichtigkeitsklage vor dem höheren Richter verhandelt werden, so oft der Grund der Nichtigkeit nicht ganz unabhängig von dem Betragen des Richters erster Instanz ist (b). Nur bey Nichtigkeiten der höchsten Collegien würde Actenversendung die Stelle der hier unmöglichen Devolution

tenz, wenn auch der Appellat aus ihr keine forideclinatorische Einrede ableitet (§. 211.).

(a) *Dafs die, mit der Appellation zuverbindende heilbare Nichtigkeitsklage nur in Ansehung der Zeitdauer von der unheilbaren unterschieden wird und überhaupt die gemeinen Gesetze überall nur devolutive Rechtsmittel gegen Beschwerden, welche der Richter selbst verursacht, zulassen, ist der Beweis dieser Behauptung, welche Gönner zu Danz n. XXVI. und in der angef. Abh. dem Handbuche über aller Zweifel erhoben hat.*

(b) *Nicht also, wenn die Nichtigkeit daraus abgeleitet wird, dafs die Unächtheit der, für ächt gehaltenen Vorraussetzungen der Sentenz nachgezeigt wird, wie in dem Falle VII.* 58. *Cod.* [*si ex falsis instrumentis.*]

an einen oberen Richter, nach aller Analogie, ersetzen müssen.

Das Verfahren ist übrigens ganz dasselbe, welches oben aus der Natur eines bloſs devolutiven Rechtsmittels abgeleitet worden ist.

§. 220.

IV. *Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.*

Auch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann, da es binnen 4 Jahren von erlangter Wissenschaft der, dasselbe begründenden Umstände an gebraucht werden kann (§. 136.), als *ausserordentliches* Rechtsmittel vorkommen, in welchem Falle es weder eine suspensive noch devolutive Wirkung äuſsert. Bey demselben wird, was der Richter bey der Prüfung desselben nie vergessen darf, vorausgesetzt, daſs das richterliche Erkenntniſs, der *bisherigen* Lage der Sache nach, nicht beschwerlich seye, daſs man aber „durch neues Vorbringen, wovon man vorher keine Wissenschaft gehabt, oder solches doch zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeinet“ dennoch darthun könne, daſs dieses Erkenntniſs dem

wirklichen Rechte nicht angemessen sey. Daſs dieses in Ansehung des neuen Vorbringens sich wirklich so verhalte, muſs in Ermangelung besserer Beweise beschworen werden. Uebrigens wird auch hier, sobald das Rechtsmittel *als ein ausserordentliches* vorkömmt, die Rechtfertigung mit der Einwendung verbunden, und sodann, wie bey jedem nicht devolutiven Rechtsmittel, von dem Richter weiter verfahren (§. 210 a. 212 a.) (a)

(a) *V. A.* 1533. *§.* 5. *K. G. O. III.* 52. *G. B. v.* 7. *Jul.* 1669. *u.* 7. *Jul.* 1671.

J. Eisenhart processus instantiae rest. i. i. Helmst. 1685. *et cum not. J. F. Eisenhart Hal.* 1780.

K. G. Riedesel Freyherr zu Eisenbach Vorträge an den vollen Rath des K. K. Gerichts. Jena 1791. 8. *n.* 2. *Gönner zu Danz n. XXX.*

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den ausserordentlichen oder summarischen Processarten. (*)

Einleitung.

§. 221.

Bestimmung der Fälle, in welchen ein summarisches Verfahren Statt findet.

Nirgends bestimmen unsre gemeinen deutschen Gesetze genau, in welchen Fällen ein summarisches Verfahren eintreten solle oder könne, kein Wunder daher, dafs hier ein vorzügliches Gewicht auf den Gerichtsgebrauch gelegt, und unter diesem, nicht selten geheimnifsvollen Titel auch manches Resultat der Particulargesetzgebung für gemeines Recht verkauft wird. — Soll nicht einem vagen richterlichen Ermes-

(*) *Vergl.* §. 77.

sen hier alles überlassen werden, so ist es nothwendig, dafs die Theorie des Processes, mit Rücksicht auf die Natur der Sache, aus den einzelnen, in den Gesetzen aufgestellten Beyspielen allgemeine, erschöpfende Regeln abstrahire. Wirklich lassen sich die meisten gesetzlichen Fälle auf solche allgemeine Regeln zurückführen. Ich stelle als solche folgende auf: Erste Regel: *In allen Fällen, wo ohne eine schleunigere Verhandlung der Sache der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens wenigstens nicht vollkommen erreicht werden, oder doch diese Erreichung vielleicht verhindert werden könnte, mufs an die Stelle des ordentlichen Verfahrens ein summarisches treten* (a). Hierhin gehören nicht nur alle diejenigen Fälle, bey welchen, wie man sagt, *Gefahr auf dem Verzug* haftet, welches bey Sachen, wo über Alimente, (auch Dienstlohn, Besoldungen) gestritten wird, bey Baustreitigkeiten, Handelssachen, Begräbnifssachen u. d. gl. der Fall seyn *kann* und immer der Rechtsgrund der proviso-

(a) *Im K. d. K. G. O. Th. III. Tit. 3. sind viele Beyspiele zu dieser Regel aufgezählt, ob man gleich doch unter den causis extraordinariis wohl schwerlich die summarias verstand.*

rischen Verfügungen und eines anzulegenden Arrestes seyn mufs, sondern es liegt auch hierin der Grund, warum über alle *präparatorische* und *Incidentgesuche*, so wie über die in dem Concursprocesse vorkommenden Liquidations- und Prioritäts-Streitigkeiten ein summarisches Verfahren veranlafst werden mufs, weil mit der, sonst nur zu leicht möglichen Verewigung der Processe, allerdings die Erreichung des Entzweckes des gerichtlichen Verfahrens so gut wie verhindert würde. Aus diesem Grunde aber ist es klar, dafs nicht dasselbe von den *Präjudicialsachen* behauptet werden könne, welche selbst als Hauptsachen betrachtet werden müssen (a).

§. 222.

Fortsetzung.

ZWEYTE REGEL: *In allen Fällen, wo die Erhaltung der Ruhe Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Processes gebietet, oder das Wohl des Staates im Ganzen einen schleunigeren Gang des Verfahrens erfordert, tritt an die Stelle des ordentlichen Verfahrens ein summarisches.* Aus diesem Grunde müs-

(a) *Man sehe hierüber* G ö n n e r *a. a. O. n. VII.*

sen die Manutenzverfügungen in Sachen, wo über den jüngsten Besitz gestritten wird, gerechtfertigt werden, und nur aus ihm läſst es sich erklären, warum in Handwerkssachen, in Contributions- Zollsachen u. d. gl. ein summarisches Verfahren Statt finden kann.

§. 223.

Fortsetzung.

Dritte Regel: *In allen Fällen, wo der Grund, aus welchem die Gesetze das ordentliche Verfahren bey Rechtsstreitigkeiten eingeführt haben, wegfällt, oder doch die höchste Wahrscheinlichkeit für die Abwesenheit desselben vorhanden ist, kann ein ausserordentliches Verfahren, jedoch in dem letzteren Falle nur* b e d i n g t, *Statt finden.* Aus dieser Regel flieſst die Rechtfertigung des Mandatsprocesses.

§. 224.

Fortsetzung.

Ausser den, durch diese Regeln bestimmten Fällen, giebt es nun aber freylich noch einzelne andere, wo die Gesetze aus Gründen der Billigkeit oder der Politik eine Abweichung von dem

dem ordentlichen Gange des Verfahrens ausdrücklich verstatten. Diese müssen, da sie unter keine allgemeine Regel passen, einzeln aufgezählt werden. Dergleichen Verordnungen haben wir in Ansehung der Streitigkeiten, welche die geistlichen Beneficien und ihre Einkünfte, oder die Eingehung, Erhaltung und Aufhebung der Ehe betreffen (a), — und schon nach bekannten römischen Gesetzen, gilt dasselbe in Ansehung der Streitigkeiten, welche blos den *Besitz* betreffen. Auch gehört hierhin der Executiv- und Wechselproceſs, *in so ferne* er sich von dem gewöhnlichen Mandatsproceſs unterscheidet (b). Particuläre Gesetze enthalten gewöhnlich noch mehrere dergleichen Verordnungen und nur aus diesen würde die Behauptung, daſs der Consistorialproceſs, der Kriegsproceſs (c), der Lehnsproceſs u. d. gl. durchaus summarisch seyen, gerechtfertigt werden können.

(a) *II.* 1. *Clem.* 2.

(b) *J. R. A. §.* 174.

(c) *Man vergesse hierbey nicht, daſs von dem Civilproceſs die Rede ist.*

§. 225.

In wie ferne kann die Willkühr der Parthieen auf die Bestimmung der Frage: ob ein summarisches Verfahren eintreten solle, Einfluſs haben?

Nicht unwichtig wird hier die Frage: ob, da die Gesetze der Willkühr der Parthieen bey Bestimmung des förmlichen Gangs des Verfahrens überhaupt einen groſsen Spielraum lassen (§. 76.), diese Willkühr nicht auch auf die Beantwortung der Frage: ob ein summarisches Verfahren Statt finden solle, Einfluſs habe? — Diese Frage muſs nun zwar allerdings bejaht werden, in so ferne in ihr die Rede davon ist, ob von den Parthieen ein summarisches Verfahren anstatt des ordentlichen beliebt werden könne? Allein im umgekehrten Falle kann keineswegs eine solche unbedingte Bejahung Statt finden. Sobald nämlich, bloſs aus Rücksicht auf die Natur des Gegenstandes der Verhandlung, die Gesetze das summarische Verfahren bestimmt haben, so ist dasselbe kein Gegenstand der Disposition der Parthieen. Wo hingegen die Einführung der summarischen Proceſsart als eine, sey es aus Gründen der Billigkeit, oder der Politik, verstattete Begünstigung einer, oder beyder Parthieen be-

trachtet werden muſs, da kann im ersteren Falle durch die Einwilligung des Begünstigten (a), im letzteren durch beyder Parthieen Einwilligung auf das summarische Verfahren verzichtet werden. Stillschweigende Einwilligung, welche von dem Kläger durch Häufung von Klagen, deren eine im ordentlichen, die andere im summarischen Proceſs verhandelt werden könnte, von dem Beklagten durch unbedingte Einlassung an den Tag gelegt werden kann, ist der ausdrücklichen gleich (b).

§. 226.

Besondere summarische Verfahrungsarten.

Das summarische Verfahren ist keineswegs ein regelloses, wie das tumultuarische, welches in keinem Staate vorkommen darf. Es lassen sich nicht nur im Allgemeinen Regeln aufstellen, nach welchen der Richter in Fällen, welche zu dem summarischen Processe geeigenschaftet sind, verfahren, und welche er, so lan-

(a) *Ein Beyspiel giebt der Executivproceſs.*

(b) *Ueberhaupt vergl.* Gönner *a. a. O. n. VIII.*

ge nicht aus der besondern Natur des gegebenen Falls eine besondere Abweichung gerechtfertigt wird, beobachten mufs; sondern es lassen sich auch die Fälle, in welchen eine solche besondere Abweichung von dem, in der Regel einzuschlagenden Gange rechtlich werden kann, nach bestimmten Grundsätzen behandeln. Will man, wie gewöhnlich zu geschehen pflegt, diejenigen summarischen Verfahrungsarten, bey welchen die *besonderen* Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens sich aus den besonderen Eigenheiten der zu behandelnden Gegenstände ableiten lassen, die *bestimmten* summarischen Processe, diejenige Verfahrungsart hingegen, bey welcher blos die allgemeinen Regeln des summarischen Processes zu berücksichtigen sind, und welche mithin alsdann eintritt, wenn man nichts aus der Natur des zu behandelnden Falls ableiten kann, als: dafs summarisch zu verfahren seye, — den *unbestimmten* summarischen Procefs nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden; allein durchaus verwerflich ist es, wenn man, mit Vermischung verschiedenartiger Eintheilungsgründe, in einer Theorie der summarischen Processe auch solche als *bestimmte*

summarische Processe behandeln wollte, bey welchen doch durchaus, allenfalls einen von den Rechtslehrern gegebenen Namen ausgenommen, nichts Eigenthümliches zu bemerken ist (a).

(a) *So ist es ganz recht, wenn die Lehrer des Processes unter der Rubrik: bestimmte summarische Processe die Kennzeichen der Fälle angeben, in welchen sogleich Mandate gegeben werden können, in welchen ein executivisches Verfahren Statt findet, in welchen zu Arrestverfügungen geschritten werden kann etc.; allein wenn sie nun unter derselben Rubrik auch von einem Consistorialprocesse, possessorischen Processe etc. reden und denn doch nichts weiter sagen können, als: es würde hierbey in der Regel, wie bey dem unbestimmten summarischen Processe verfahren, so darf man sie wohl einer Versündigung gegen die Logik beschuldigen.*

Erstes Kapitel.

Von der summarischen Verfahrungsart im Allgemeinen.

§. 227.

Allgemeine Regel für das summarische Verfahren.

Die Regel, welche man hier gewöhnlich für den Richter aufzustellen pflegt: *dafs er zwar an alle wesentlichen Stücke einer processualischen Verhandlung gebunden sey, die Formalitäten derselben aber eine Abänderung, nach seinem Ermessen, leiden könnten* — enthält allerdings Wahrheit; allein, wenn sie nicht genauer bestimmt wird, so ist sie sehr leicht äufserst nachtheiligen Misbräuchen ausgesetzt. Der erste Theil derselben ist, ohne allen Zweifel, vollkommen gegründet und nicht nur in Ansehung der *unbedingt* wesentlichen, sondern auch in Ansehung der *bedingt* wesentlichen Verhandlungsart wahr, sobald nur die Bedingung, durch welche die letztere wesentlich wird, eintritt. In Ansehung des letzteren heils der obigen Regel aber, sind

nothwendig folgende nähere Bestimmungen zu bemerken: 1.) dafs diejenigen Grundsätze, welche unsre Gesetze bey allen ihren processualischen Verfügungen unverrückt vor Augen gehabt haben, auch bey dem summarischen Verfahren von dem Richter nicht hintangesetzt werden dürfen, weil diese als von dem Gesetzgeber für *wesentlich* anerkannt betrachtet werden müssen (a). 2.) Dafs auch ausserdem der ordentliche Procefs, selbst in Ansehung der blofsen Formalitäten, immer Vorbild des Richters bey dem summarischen Verfahren bleiben müsse. Ich verstehe hierunter nicht nur, dafs die Formalitäten des ordentlichen Processes dann, wenn wirklich durch dieselben auf die einfachste und beste Weise ein bestimmter nothwendiger Zweck des Verfahrens erreicht wird, auch in dem summarischen Verfahren beobachtet werden müssen, sondern überhaupt: dafs der Richter nur dann von irgend einer Formalität des ordentlichen Processes abweichen dürfe, wenn er sich mit Gewifsheit sagen kann, dafs hier-

(a) *z. B. dienen die Regeln: des Richters positive Thätigkeit ist nur bedingt, — der Ungehorsame bey den Verhandlungen wird nicht durch positiven Zwang zu denselben angehalten u. s. w.*

durch, *ohne irgend einen Nachtheil für den Zweck der Verhandlungen* (a), eine schnellere Beendigung derselben erreicht werde.

§. 228.

Besondere Regeln a) *in Ansehung der Verhandlungen vor dem Beweisverfahren.*

Wendet man die angegebenen allgemeinen Regeln auf die einzelnen Theile des Verfahrens nach ihrer Folge an, so dringt sich zuerst die Frage auf: ob und in wie ferne Verhandlungen der Parthieen (welche hier den Namen *Implorant* (auch *Impetrant*) und *Implorat* (*Impetrat*) führen) *vor* dem Beweisverfahren im summarischen Processe zugelassen werden müssen? Betrachtet man den Grund, aus welchem die Gesetze eine Antwort des Beklagten auf die erhobene Klage verlangen (§. 83.), so ist, da durch die Einlassung unstreitig auf die beste und schnellste Art das, was einer genaueren Beweisführung bedarf, bestimmt wird, da ferner die Gesetze nicht nur überhaupt die Befugniſs des Beklagten, sich durch Einreden gegen Angriffe

(a) *V. 11. Clem. c. 2.* „*non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur.*

zu schützen, bey allen ihren processualischen Verfügungen anerkennen, sondern auch ausdrücklich gebieten, daſs diese Befugniſs bey dem summarischen Processe nicht verletzt werden solle (§. 229. not. a.), es keinem Zweifel unterworfen, daſs der Richter auch in dem summarischen Verfahren in der Regel (a) eine Antwort des Beklagten verlangen

(a) *Ich sage: in der Regel verlangen müsse; denn es giebt allerdings Fälle, wo es genügt, wenn der Richter nur eine Antwort dessen, von welchem etwas verlangt wird, nicht abschneidet. Dieses ist der Fall, wenn die Gründe zu dem rechtlichen Gesuche einer Parthie sogleich wenigstens gröſstentheils erwiesen sind, mithin noch besondere Gründe zu einem von der Regel abweichenden Verfahren dargereicht werden. Alsdann kann der Richter wohl gleich dem Gesuche gemäſs erkennen; allein immer bleibt es doch der Gegenparthie unbenommen, Statt der Gelebung sich auf das Gesuch einzulassen und der Natur der Sache nach zulässige Einreden vorzuschützen, worauf alsdann, nach den Umständen, weiterer Beweis und Wegräumung der Einreden das zu gebende Erkenntniſs bedingt (siehe unten die Lehre von den bedingten Mandaten). Dies ist vorzüglich häufig die bey präparatorischen und Incidentgesuchen übliche Verfahrungsart, dieſs die einzige Eigenthümlichkeit des Verfahrens bey der provo-*

(a), und daſs hierbey die Bestimmung der Gesetze in Ansehung des peremtorischen Ter-

catio ex lege Diffamari und Si contendat, wodurch es aber nicht gerechtfertigt wird, daſs man den sogenannten Provocationsproceſs als einen solchen zu behandeln sucht, der von dem Processe bey präparatorischen Gesuchen überhaupt verschieden wäre. Das einzige, was man allenfalls Eigenthümliches von dem sogenannten Provocationsprocesse sagen kann, ist: daſs das Gesuch sogleich bescheiniget werden soll (J. R. A. §. 83.) eine Verordnung, welche sich mit groſsem Nutzen analogisch auf alle präparatorische und Incidentgesuche anwenden lieſse.

(a) *Daſs im sogenannten possessorischen Proceſs keine Einreden vorgebracht werden sollen, welche das Recht selbst, nicht den Besitz, betreffen, wenn sie nicht sogleich liquid sind, ist von dem Gesagten keine Ausnahme. Der possessorische Proceſs ist, wie man aus der Erlaubniſs der Cumulation des petitorii und possessorii sieht, zu Gunsten dessen, der ein possessorisches Rechtsmittel ergreift, eingeführt. Da nun Fragen, welche das Recht selbst betreffen, in dem ordentlichen Processe verhandelt werden müssen, so braucht sich der Kläger allerdings die Begünstigung eines summarischen Verfahrens nicht entziehen zu lassen, sondern kann verlangen, daſs die Einreden, welche zum petitorium gehö-*

mins für die Einbringung der Einreden, als zur Beschleunigung der Sache gereichend, eben so gut, wie bey dem ordentlichen Verfahren, ihre Anwendung finden müsse. Hingegen kann der Richter, wenn nicht in der Antwort des Beklagten vorgebrachte neue Angriffe gegen den Kläger eine Einlassung des letzteren auf dieselbe erfordern, allerdings mit dieser Antwort alle Verhandlungen vor dem Beweisverfahren (a) um so mehr schliessen, als selbst in dem ordentlichen Processe die *absolute* Nothwendigkeit der Replik und Duplik nur als eine, auf Mifsverstand gegründete unnütze Formalität erscheint (§. 174. 177. 180.). Welche Verhandlungen es aber auch seyen, die der Richter, den Umständen nach, zulassen mufs, so bleibt immer so viel gewifs, dafs dieselben dem Innhalte nach von

ren, auch zu diesem verwiesen werden. Aber er kann sich auch das Gegentheil gefallen lassen, in welchem Falle aber die Begünstigung des summarischen Verfahrens wegfällt. Vielleicht liegt hierin mit ein Grund, warum man so häufig sieht, dafs der possessorische Procefs nicht schneller, als der ordentliche, betrieben wird.

(a) *Wenn anders ein solches, der Natur der Sache nach, nothwendig ist.*

denjenigen, welche im ordentlichen Processe vorkommen, nicht verschieden seyn dürfen und daſs der Richter mithin dieselben, nach den oben gegebenen Grundsätzen, prüfen müsse; — eine Behauptung, welche um so weniger einem Zweifel unterworfen seyn kann, als selbst dasjenige, was hierüber im ordentlichen Processe gesagt werden muſste, nur Resultat aus der Natur der Sache war, und z. B. die Behauptung: daſs es im summarischen Processe keiner *bestimmten* Einlassung bedürfe, nicht leicht eine andere Folge erzeugen könnte, als die: daſs der summarische Proceſs verwickelter und weitläufiger, als der ordentliche, werden müſste. Darum kann denn die gewöhnliche Regel: daſs es im summarischen Verfahren keiner förmlichen Klage und keiner förmlichen Einlassung bedürfe, — eine Regel, welche selbst die Gesetze anzuerkennen scheinen (a) — nur dahin verstanden werden, daſs der Richter an die Stelle des gewöhnlichen schriftlichen Verfahrens ein mündliches einführen könne, wobey ihm denn allerdings die Befugniſs, durch zweckmäſsige, an den Kläger, oder den Beklagten gerichtete

(a) *V.* 11. *Clem. c.* 2.

Fragen, eine bestimmte Klage und Einlassung aus dem, oft unförmlichen Vortrage der Partheien herauszumitteln, zusteht. — Uebrigens kann der Richter vorzüglich durch Abkürzung der Termine, (welche er am besten gleich als peremtorische ansetzt) dem Zwecke eines summarischen Verfahrens entsprechen. Gegen Versäumende und Ungehorsame kann aber hier nach keinen andern Regeln, als denjenigen, welche auch in dem ordentlichen Processe entscheidend sind, verfahren werden.

§. 229.

b) *In Ansehung des Beweisverfahrens.*

Was das Beweisverfahren betrifft, so stellt man gewöhnlich die Regel auf: *daſs bey dem summarischen Verfahren an die Stelle des feyerlichen Beweises eine bloſse Bescheinigung* (demonstratio, probatio minus solemnis) *eintreten könne.* Versteht man, wie häufig, unter *Bescheinigung* einen *nicht vollständigen* Beweis, so ist die Regel falsch und gänzlich verwerflich; soll hingegen dadurch ein Beweis angedeutet werden, welcher ohne alle, oder doch nicht mit allen den Formalitäten, welche die Gesetze bestimmt haben,

zu Stande kömmt, so ist zwar allerdings Wahrheit in der angeführten Regel enthalten, allein sie ist dann doch zu unbestimmt, als dafs, mit Hülfe ihrer, der Richter sich zu bestimmen im Stande wäre, über welche Formalitäten er sich bey dem summarischen Verfahren wegsetzen dürfe, oder nicht. Statt dieser Regel zu folgen, wird man daher besser die im §. 229. angegebenen Grundsätze anwenden. Aus dieser Anwendung ergeben sich folgende Bestimmungen: 1.) Was die Gesetze als Bedingungen juridischer Wahrheit festsetzen, und über die Grade der Beweiskraft jedes Beweismittels bestimmen, gilt so gut für das summarische, als für das ordentliche Verfahren; 2.) Dafs, den Beweis durch Augenschein ausgenommen, der Richter nicht ohne Aufforderung thätig seyn könne, ist ein *Grundsatz*, welcher von unsrer positiven Gesetzgebung über das processualische Verfahren durchaus beachtet wird. Er gilt mithin auch für das summarische Verfahren. 3.) Die Einreden gegen die Zulässigkeit der Beweismittel und gegen die Stärke der Beweiskraft derselben gehören zu den gerechten Vertheidigungsmitteln des Producten, welche die Gesetze

auch bey dem summarischen Verfahren nicht beschränken (vergl. §. 229 n. a.) Eben darum muſs durch Ansetzung eines besonderen Termins zur Beweisausführung, wozu auch der Product (bald monitorisch, bald arctatorisch [§. 192.]) geladen werden muſs, das *Productionsverfahren* auch im summarischen Processe von der *Vollführung des Beweises* getrennt werden; darum muſs auch hier, aber nur, *wenn zum Beweise der minderen Beweiskraft eines bestimmten Beweismittels Ausführungen nothwendig werden*, in dem Hauptverfahren eine *Impugnations-* und *Salvationsschrift* zugelassen werden. — 4.) Daſs der Beweistermin als eine gesetzliche Nothfrist zu betrachten sey, findet auch bey dem summarischen Verfahren Statt, denn offenbar wird hierdurch auf die leichteste Art die Sache beschleunigt. 5.) Die Nothwendigkeit eines Zeugenrotulus endlich ist bey dem summarischen Verfahren nicht minder, wie bey dem ordentlichen, vorhanden; denn sie liegt in der sonst leicht möglichen Verwirrung der Sache. Die Beweisführuug muſs auch hier, wie in dem ordentlichen Processe, der Natur der gewählten Beweismittel gemäſs geschehen und das

Contumacial - Verfahren kann ebenfalls nur, nach den oben angegeben Grundsätzen, eingerichtet werden (a).

Das, wodurch sich also das summarische Verfahren vorzüglich von dem ordentlichen unterscheidet, besteht mithin auch in diesem Theile des Processes darin, daſs der Richter kürzere Termine, sogleich mit peremtorischer Kraft, anzusetzen und durch ein mündliches Verfahren das Productions- und Hauptverfahren abzukürzen befugt ist. Auch ist es nicht zu bezweiflen, daſs der Beweisführer hier keine Artikel zu übergeben braucht, und alsdann die Nothwendigkeit der Fragstücke von selbst wegfällt.

§. 230.

c) *In Ansehung des Verfahrens nach geführtem Beweise.*

Daſs die Urtheile bey dem summarischen Verfahren, ihrem Innhalte und Form nach, eben so, wie in dem ordentlichen Processe, abgefaſst werden müssen, bedarf keines Beweises. Was hingegen die Eröffnung des Urtheils

(a) *Ueberh. vergl.* Gönner *a. a. O. n. XLI.*

theils betrifft, so wird hier häufig von der Formalität des ordentlichen Processes, der Ansetzung eines Termines zur Publication nämlich, abgewichen und dasselbe bloſs schriftlich den Parthieen, in vim publicati, zugestellt; in welchem Falle dann freylich das Datum angehängt werden muſs, die Nothfrist der Einwendung eines Rechtsmittels nicht von Minute zu Minute berechnet werden kann, und eine Insinuations-Bescheinigung zu den Acten erfordert wird. Da indessen durch diese Publicationsart nichts gewonnen wird, im Gegentheil dadurch zu unnützen Streitigkeiten über den Ablauf der Nothfrist Gelegenheit gegeben werden kann, so scheint die andre Art auch in dem summarischen Verfahren den Vorzug zu verdienen. — Auch bey der Vollstreckung des Urtheils ist hier nichts besonderes zu bemerken, da bey dieser, selbst in dem ordentlichen Processe, summarisch verfahren wird (§. 207. 135.).

Da endlich das Verfahren in zweyter Instanz im Ganzen nach denselben Regeln, wie das in der ersten Instanz, eingerichtet wird und die gesetzlichen Nothfristen bey dem Ge-

brauche der Rechtsmittel, als zur Beschleunigung der Processe beytragend, auch im summarischen Verfahren ihre Anwendung finden müssen, so bedarf es auch in Ansehung dieses Punktes keiner weiteren Regeln.

Zweytes Kapitel.

Besondere summarische Verfahrungsarten.

A.) Von dem Verfahren, in Fällen, in welchen sogleich auf das Anbringen des Imploranten eine demselben gemäſse endliche Verfügung, bedingt oder unbedingt, erlassen werden darf, oder dem Mandatsproceſs.

§. 231.

Begriff der Mandate und Eintheilungen derselben nach der Verschiedenheit ihres Innhaltes.

Ein jedes verdammende Erkenntniſs des Richters muſs nothwendig dem, gegen welchen es gerichtet ist, entweder eine bestimmte Handlung untersagen, oder anbefehlen, oder eine schon unternommene Handlung aufheben und in ihren Wirkungen vernichten. Ob nun gleich jedes solche Erkenntniſs, in verschie-

dener Rücksicht sowohl den Namen eines *Urtheils*, als den eines *richterlichen Befehls* verdienet, so pflegt man dennoch unter dem Namen der *Befehle*, oder *Mandate* nur solche verdammende Erkenntnisse zu verstehen, welche auf den Antrag des Bittenden sogleich *ohne nur den Gegentheil zu hören*, gegen diesen erlassen werden, — und diese Bedeutung ist es, in welcher auch hier die genannten Worte genommen werden sollen. —

Da dergleichen Befehle immer richterliche Erkenntnisse bleiben, so ist es klar, dafs sie ihrem Innhalte nach gleichfalls, bald *verbietende* (mandata inhibitoria), bald *gebietende* (mandata praeceptiva), bald *aufhebende* (mandata revocatoria s. cassatoria) seyn können. Es fragt sich, in welchen Fällen dergleichen Befehle rechtlich erlassen werden können.

§. 232.

Rechtfertigungsgründe der Mandate. Mandate mit und ohne Klausel.

Es ist, nach dem Bisherigen, von unsern Gesetzen anerkannte *Grundregel* des processualischen, sowohl ordentlichen als summ-

marischen Verfahrens: dafs kein Rechtsstreit von dem Richter entschieden werden solle, so lange noch nicht, durch zweckgemäfse Verhandlungen der Parthieen, die Prüfung desselben hinlänglich unterstützt worden seye. Unter diesen Verhandlungen nimmt die Vernehmlassung des Beklagten die erste Stelle ein, weil theils durch sie das, was unter den Parthieen eigentlich streitig ist, vorzüglich bestimmt werden kann, theils der Beklagte hierbey die Gelegenheit erhält, sich, durch die ihm zustehenden rechtlichen Einreden, gegen die Forderung des Klägers zu schützen. Sollte daher diese Vernehmlassung in einem bestimmten Falle nicht verlangt zu werden brauchen, so müfsten die beyden Gründe ihrer Nothwendigkeit wegfallen. Alsdann würde, weil mit diesen Gründen zugleich die Nothwendigkeit aller übrigen processualischen Verhandlungen wegfällt, dem Richter nichts im Wege stehen, um hier sogleich durch eine Entscheidung die Sache zu endigen. Es wird sich hierauf folgende für die Frage nach der Rechtlichkeit zu erlassender Mandate entscheidende Regel bauen lassen: So oft der Impetrant (a),

(a) *So wird im Mandatsprocesse der Kläger genannt.*

durch bescheinigte Facta, eine Forderung rechtlich begründet, gegen welche durch keine *denkbaren* Einreden der Impetrat sich zu schützen im Stande ist; darf der Richter sogleich auf die Imploration ein Mandat gegen den Impetraten ergehen lassen (a). Sobald hingegen durch die Natur der von dem Impetranten begründeten Forderung *nicht die Möglichkeit dagegen vorzubringender Einreden aufgehoben wird*, so darf dem Gegentheile die Gelegenheit, dergleichen Einreden vorzubringen, nicht benommen werden, und es würde mithin der gewöhnliche Procefsgang eintreten müssen. Da indessen durch *bedingt* erlassene Mandate diese Befugnifs der Parthieen, sich aller rechtlichen Ausflüchte bedienen zu können, gleichfalls nicht verletzt werden würde, so mufs sich die Frage: ob in diesen Fällen die Erlassung von dergleichen *bedingten* Mandaten den Gesetzen entgegen seye? aufdringen. Diese Frage kann nun zwar offenbar nicht mit ja! beantwortet werden; indessen mufs die in den Gesetzen anerkannte Rechtlichkeit solcher Mandate (b), da ihre

(a) *Tafinger institut. jurispr. cameral.* §. 535.
(b) *C. G. O.* 1555. *P.* 2. *tit.* 22. *pr.* *C. C. G. O.* *P.* 2. *tit.* 25.

Erlassung doch nicht mit dem, als Regel aufgestellten Procefsgange übereinstimmt, immer als Ausnahme betrachtet und demnach behauptet werden, dafs der Richter nur dann ein bedingtes Mandat sogleich auf die Imploration erlassen dürfe, wenn wenigstens es *wahrscheinlich* seye, dafs keine rechtlichen Ausflüchte dem Impetraten zu Statten kommen würden.

Da die Bedingung in dergleichen Mandaten durch die Endworte ausgedruckt wird, so nennt man sie *mandata cum clausula*, und im Gegensatze die unbedingten *mandata sine clausula*.

§. 255.

Processualisches Verfahren bey den unbedingten Mandaten.

Es ist natürlich, dafs derjenige, welcher ein Mandat ohne Klausel zu seinem Vortheil zu erlangen suchen will, durch seine Imploration den Richter von der Rechtlichkeit der Erlassung einer solchen Verfügung überzeugen müsse. Die Gesetze erfordern hierzu 1) dafs der Impetrant das Factum, worauf er seine Bitte gründet, wenn auch nicht vollständig

beweise, doch wenigstens in so weit bewahrheite, dafs der Richter sicher seyn könne, nicht durch ein Gewebe von Lügen hintergangen zu werden (a); — 2) dafs er es über allen Zweifel erhebe, dafs bey diesen Umständen keine rechtliche Einrede den Impetraten gegen die Forderung des Impetranten zu schützen im Stande seye (b).

Findet der Richter nach genauer Prüfung der Imploration nicht nur seine Gerichtsbar-

(a) *J. R. A. §.* 79.

(b) *K. G. O.* 1555. *P.* 2. *tit.* 23. *C. K. G. O. P.* 2. *tit.* 25. *pr. Es werden zwar hier* 4 *Hauptfälle nahmhaft gemacht, in welchen Mandata ohne Justificatori-Clausel sollten erlassen werden können [facta nullo iure iustificabilia, damnum irreparabile, damnum rei publicae, periculum in mora.]; es ist indessen in die Augen leuchtend, dafs nur der erste dieser Fälle die Regel für Mandate, welche als endliche Verfügungen ercheinen sollen, ausdrücke. Die 3 übrigen Fälle können, wenn sie nicht mit dem ersten verbunden sind, ihrer Natur nach, nur provisorische und interimistische Befehle veranlassen und sind mithin Beyspiele zu der, die provisoria und interimistica überhaupt rechtfertigenden Rechtsregel, wovon nachher.*

keit in der vorliegenden Sache gegründet, sondern auch diese selbst zu einem unbedingten Mandate geeigenschaftet, so wird ein solches nun ohne weiteres Bedenken erlassen, und darin, mit gröfster Kürze und Bündigkeit, in Form eines Befehles, dem Impetraten dasjenige angekündigt, was, um der Forderung des Impetranten Genüge zu leisten, geschehen solle. In der Regel wird zugleich auf den Fall der Nichtbeobachtung binnen der bestimmten Zeit eine, den Umständen angemessene Geld- oder andere Strafe angedroht.

Weil jedoch dem Impetraten das Recht, Gegenbeweis zu führen, nicht benommen werden darf, und überdem die Gesetze nicht einmal ganz vollständigen Beweis von Seiten des Impetranten erfordern, so kann auch selbst das unbedingte Mandat, wenn Nichtigkeit des Verfahrens entfernt bleiben soll (§. 79), nicht *so* unbedingt seyn, dafs durch dasselbe alle *Möglichkeit*, durch Verhandlungen eine Abänderung desselben zu erlangen, abgeschnitten würde. Darum wird dem Impetraten in dem Mandate jedesmal ein *peremtorischer* Termin zur Erscheinung in dem Gerichte angesetzt, mit der Auflage, in demselben entweder die geschehene Befolgung des

Mandates zu bescheinigen, oder rechtliche Gründe, warum dasselbe nicht zu exequiren seye, vorzubringen (a). Hierdurch allein wird der Weg, Nichtigkeit des Verfahrens zu entfernen und das, bis izt noch zu keiner Rechtskraft reiſe (b) Mandat in eine der Rechtskraft fähige Sentenz, wenigstens in eine Contumacialsentenz, zu verwandeln, vorgezeichnet. (c)

§. 234.

Fortsetzung. Verfahren nach erlassenem Mandate.

Erscheinet der Impetrat in dem Paritions-Termine und zeigt die Befolgung des Mandates an, so ist die ganze Sache zu Ende, es müſste denn behauptet werden, daſs die Befolgung dem Mandate in seinem ganzen Umfange nicht genüge, in welchem Falle der Richter hierüber sogleich entscheiden und entweder die Befolgung für hinreichend erklären, oder bessere Befolgung auflegen müſste.

(a) *Dieses letztere würde sich aber auch von selbst verstehen, wenn es auch in dem Mandate nicht ausdrücklich gesagt worden wäre.*

(b) *VII. Cod. 57.*

(c) *Ich habe dieſs in einer kleinen Abhandlung näher gezeigt, welche im 2ten Stücke des Martinschen Magazins erscheinen wird.*

Erscheint der Impetrat gar nicht, so kann nun, da eine Fristerstreckung nicht verstattet werden soll (a), auf des Impetraten Anrufen, der Impetrat seiner möglichen Vertheidigungsmittel in contumaciam für verlustig gehalten und daher, nach gemeinem Rechte, nun die Befolgung, unter Androhung der Execution, auferlegt, sodann aber zur wirklichen Vollstreckung geschritten werden (§. 155.). Erscheinet endlich der Impetrat in dem bestimmten Termine, um zulässige Gründe für seine Nichtbefolgung des Mandats vorzubringen, so entsteht nun ein Verfahren, welches nothwendig ganze oder theilweise Aufhebung des Mandates, oder Verwandlung desselben in eine wahre Sentenz zur Folge haben mufs, welches indessen hier noch eine nähere Betrachtung erfordert.

§. 234.

Fortsetzung. Nähere Betrachtung des Vorbringens des Impetraten im Paritionstermine und weiteres Verfahren.

Da kein Bürger Befehle dessen, der ihm nichts zu befehlen hat, zu achten braucht,

(a) *J. R. A. §.* 76.

so müssen als Gründe, durch welche der Impetrat sich wegen der Nichtbefolgung des Mandats zu rechtfertigen sucht, vor allen Dingen solche betrachtet werden, welche in *den Gerichtsstand ablehnenden Einreden* bestehen. In Ansehung der Rechtlichkeit des erlassenen Mandats selbst müssen zwar 1.) alle Gründe, durch welche der Impetrat sich, auch unter Voraussetzung der Wahrheit der Erzählung des Impetranten, gegen dessen Forderung zu schützen im Stande ist, als hinlängliche Rechtfertigungsgründe der Nichtbefolgung angesehen werden; allein da in Fällen, wo Einreden gegen die Forderungen möglicher Weise schützen können, keine unbedingten Mandate erlassen werden sollen, so würden solche Gründe nicht, ohne dafs ein Fehler von Seiten des Gerichts begangen worden wäre, vorgebracht werden können, in welchem Falle denn das unbedingte Mandat als bedingtes zu behandeln seyn würde. Es bleiben daher gegen die Rechtlichkeit des erlassenen Mandats eigentlich 2.) nur solche Gründe vorzubringen übrig, durch welche das Vorbringen des Impetranten als in wesentlichen Punkten *unrichtig* (exceptio sub-

reptionis), oder als in wesentlichen Punkten *mangelhaft* (exceptio obreptionis) dargestellt wird. —

Welche Gründe es aber auch seyen, die hier dem Impetraten zur Seite stehen können; so soll doch der Richter auf dieselben nur alsdann achten, wenn sie der Impetrat gleich bey seinem ersten Erscheinen in dem angesetzten Termine vorgebracht hat, es müfste denn seyn, dafs er sie damals noch nicht habe vorbringen können (a) —

Die vorgetragenen Gründe selbst (b) mufs der Richter genau prüfen. Findet er

(a) *I. R. A. §. 78. Dafs indessen auch die Foridectinatorien im unbedingten Mandatsprocesse von der hauptsächlichen Handlung nicht befreyten, läfst sich, allem Anscheine des Gegentheils ungeachtet, nicht behaupten. Vergl. Pütter de exceptionibus fori declinatoriis in processu Mandati S. C. speciatim an reiectis iis adhuc locum habeant exceptiones sub- et obreptionis? — in Op. rem iud. imp. illustr. n. III.*

(b) *Diese werden, wie alle Einreden, vorgetragen. Der Vortrag der Exceptionum sub- et obreptionis kann in der Regel mit der Einlassung am besten verglichen werden. Wenn dem Impetraten wahre Einreden zustehen,*

sie offenbar ungegründet, so wird nun, mit der Verwerfung derselben, die Befolgung des Mandats schärfer anbefohlen.*) Findet er sich durch dieselben von seiner Incompetenz überzeugt, so wird das Mandat sogleich aufgehoben (eingezogen). Findet er durch die von dem Impetraten vorgeschützten wahren *Einreden* sich von einem begangenen Irrthume des Gerichts überzeugt, so mufs nun die Sache in den, ihrer Natur angemessenen, regelmäfsigen Procefsgang eingeleitet werden. Wird ihm aber endlich, durch die von dem Impetraten vorgeschützten Gründe, die Rechtlichkeit seiner erlassenen Verfügung nur zweifelhaft (welches bey der vorgeschützten exceptio sub- et obreptionis der gewöhnliche Fall ist) so mufs er nun vor allen Dingen eine Replik des Impetraten verlangen (a), worauf alsdann in der Regel (b) entweder ein den Beweis,

so ist es sehr rathsam, mit dem Vortrage derselben eine bestimmte Einlassung zu verbinden, damit der Fortgang der Sache nicht gehemmt werde.

(a) *I. R. A. §.* 77.

(b) *Denn eine venia duplicandi soll nur, wenn die Replik nova enthielte, verstattet werden. I. R. A. §.* 78.

nach allgemeinen Grundsätzen (a) regulirendes Interlocut erfolgen, oder, wenn es möglich ist, sogleich endlich, entweder das Mandat bestätigend, oder ganz oder zum Theil abändernd, *gesprochen* werden mufs.

§. 235.

Verfahrungsart bey bedingten Mandaten.

Durch die bedingten Mandate soll (nach §. 232.) nur auf den, zwar möglichen, aber doch nicht gewissen Fall, dafs dem Impetraten keine rechtliche Einreden gegen die Forderung des Impetranten zustünden, die Verfahrungsart, welche, der Natur der bestimmten Streitsache nach, in der Regel hätte eintreten müssen, ausgeschlossen und durch die richterliche Verfügung die Forderung des Impetranten auf das geschwindeste realisirt werden. Hierdurch bestimmt sich das ganze, in diesen Fällen Statt findende Verfahren. So lange nämlich nicht von dem Impetraten durch

(a) *I. R. A.* §. 80.

*) *Eine Wiederklage kann bey dieser Procefsart wohl die Wirkung der Prorogation haben, aber sie kann, wenn das Mandat nicht aufgehoben wird, nicht anders, als abgesondert, verhandelt werden.*

nicht verwerfliche Einreden, gezeigt werden kann, daſs die Hypothese des Richters ungegründet sey, muſs das bedingte Mandat als unbedingtes betrachtet und diesem gemäſs verfahren werden (a); sobald hingegen das Gegentheil eintritt, so tritt an die Stelle des Mandatsprocesses diejenige Verfahrungsart, welche, der Natur der Sache nach, als die regelmäſsige betrachtet werden muſs (b).

§. 236.

(a) *Dieses würde ich daher auch alsdann annehmen, wenn der Impetrat keine andre, als die, auch gegen unbedingte Mandate Statt findenden exceptiones sub- et obreptionis vorschützen könnte, wiewohl die Gesetze von diesem Falle nicht ausdrücklich reden.*

(b) *Mehrere behaupten das Gegentheil, vergl. Danz summ. Processe §. 27. u. die das. angef.; allein die von den Gesetzen für diesen Fall vorgeschriebenen Verhandlungen beweisen klar das Gegentheil; denn auch in dem ordentlichen Verfahren werden die ersten Verhandlungen in der Regel mit der Duplik geschlossen, und daſs übrigens, wie in der Regel, verfahren werden solle, ist sogar den ausdrücklichen Worten des Gesetzes gemäſs, vergl. I. R. A. §. 82.*

§. 236.

Anhang von Ordinationen.

Grofse Aehnlichkeit mit den Mandaten haben die sogenannten *Ordinationen*. Es sind diefs auf einseitigen Vortrag erlassene Sachverfügungen, wodurch der Richter, um den Streit in seinem Entstehen zu hindern, statt der Einleitung der gewöhnlichen Procefsart, das rechtliche Verhältnifs der Parthieen auf eine erschöpfende Weise zu bestimmen sucht (a). Diese Verfahrungsart dankt dem Bestreben der höchsten Reichsgerichte, bey ganz oder zum Theile offenbar gegründeten Beschwerden, mit Vermeidung der, von den erkannten gewöhnlichen Processen unzertrennlichen Verzögerung, Hülfe zu gewähren, ihren Ursprung. Es fehlt auch izt dieser Verfahrungsart nicht an gesetzlicher Sanction (b) und ist nur zu bedauern, dafs die Gesetze über den weiteren Gang dieses Verfahrens

(a) *J. Ph. Hahn de ordinationibus, novo indicandi genere in supremis imperii tribunalibus. In Pütteri Op. rem iud. imp. illustr. n. XV. Fr. Ant. Dürr (Cramer de Clauspruch) de ordinationibus Mog.* 1776. *Vorz. Gönner Handb. III. n.* 43.

(b) *W. K. Leop. II. art. XIX. §.* 6. 7.

schweigen und uns daher im Zweifel lassen, ob die Folge der Nichtachtung der Ordinationen bloſs Erkennung der Processe, an deren Stelle sie treten sollten, oder Einleitung des unbedingten Mandatsverfahrens in Grundlage der Ordination (a), seyn müsse.

Die Obergerichte in den deutschen Landen haben diese reichsgerichtliche Verfahrungsart sehr bald nachgeahmt, jedoch vorzüglich nur bey dem Processe in zweyter Instanz bey *devolutiven* Rechtsmitteln (b). Hierbey dürften indessen die Bemerkungen des §. 210. b. und des §. 211. am Ende sehr zu berücksichtigen seyn, und es wird behauptet werden müssen, daſs demjenigen, gegen welchen eine solche Ordination verfügt, immer die Möglichkeit, seine Gegengründe vorzutragen und dadurch eine, der Rechtskraft fähige Entscheidung vorzubereiten, gelassen werden müsse.

(a) *Entweder durch eine Ladung ad docendum de paritione oder durch ein Mandatum de non contraveniendo ordinationi S. C.*

(b) *Hier und da unter der Form eines rescripti de emendando sententiam, Claren de eo, quod justum est circa rescripta de emendando seu ordinationes Gött.* 1798. — *Bey andern Proceſsarten sind für die Gerichte in den deutschen Landen keine Anrathungsgründe zum Gebrauche der Ordinationen vorhanden.*

B.) Von dem Verfahren in Fällen, in welchen, noch ehe die Sache zu einer endlichen Entscheidung reif ist, dennoch durch einstweilige oder provisorische Verfügungen gegen eine Parthie vorgeschritten werden kann. Insbesondere von Verfügungen in Streitigkeiten über den jüngsten Besitz und Arrestbeschlagungen.

§. 237.

Rechtfertigungsgründe solcher interimistischen oder provisorischen Verfügungen.

Der Regel nach haben des Richters Verfügungen, während des Laufs der Verhandlungen, nur die Direction des Processes zu ihrem Ziele, bis durch diesen eine Verfügung in Ansehung der Sache selbst gehörig vorbereitet ist. Sollte von dieser Regel eine Ausnahme gerechtfertigt werden können, so müſste der Endzweck der Verhandlungen selbst den Rechtfertigungsgrund an die Hand geben. Es müſste mithin gezeigt werden können, daſs, ohne eine bestimmte interimistische oder provisorische Verfügung, der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens entweder gar nicht erreicht, oder doch diese Erreichung leicht vereitelt werden könnte,

Alsdann würde es nicht nur erlaubt seyn, zum voraus einstweilen über den liquiden Theil der Forderung zu sprechen, sondern es würde selbst gerechtfertigt werden können, in *zweifelhaften* Fällen, durch Verfügungen gegen die eine oder die andere Parthie, welche, wenn sie auch nachher wieder *rechtlich* aufgehoben werden müfsten, dieser Parthie (a) keinen unersetzlichen Schaden verursachen könnten, dafür zu sorgen, dafs ein der andern Parthie, auf den Fall, dafs jene Verfügungen nicht erlassen würden, bevorstehender, leicht unersetzlicher Schaden entfernt, oder doch zu erwartenden gefährlichen Ausbrüchen von Selbsthülfe, welche dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens geradezu widerstreiten, vorgebeugt werde.

(a) *Gegen alle dergleichen provisorische und interimistische Verfügungen können, weil sie kein förmliches Recht unbedingt wirken sollen, keine Rechtsmittel mit Suspensivkraft ergriffen werden. Wohl aber finden gegen dergleichen Verfügungen, welche gewöhnlich auch in der Form von Mandaten erlassen werden, Gegenvorstellungen bey demselben Richter (exceptiones sub- et obreptionis), und Beschwerdeführungen bey dem höheren Statt.*

§. 258.

Anwendung hiervon a) *auf das Verfahren bey Streitigkeiten über den jüngsten oder momentanen Besitz.*

Alle possessorischen Rechtsmittel, es mag nur durch dieselben die Erhaltung, die Erlangung, oder die Wiedererlangung des Besitzes Gegenstand des Streites werden, sollen summarisch behandelt werden. Bey dem Verfahren in solchen Fällen müssen in Ansehung der Form die allgemeinen Regeln des summarischen Processes beobachtet werden, wenn nicht Ausnahmen (welches vorzüglich in Ansehung des bedingten Mandatsprocesses häufig der Fall ist) rechtlich begründet werden können. In Ansehung des Innhaltes dagegen wird das Verfahren durch die Natur der possessorischen Interdicte bestimmt, welche in der Theorie des Verfahrens nicht dargestellt werden kann (a). Das possessorium endigt sich nicht eher als bis das Recht des Besitzes (b)

(a) *Neuerlich haben wir diese in einer überaus gründlichen und geschmackvollen, mit ächt civilistischem Geiste verfaſsten Schrift meisterhaft dargestellt erhalten. Von Savigny das Recht des Besitzes. Giessen* 1803. 8.

(b) *wenigstens gewiſs bey den remediis retinendae et recuperandae possessionis.*

(jus possessionis) anerkannt ist, und da es nur *eine* possessio geben kann, so kann auf es kein neues possessorium, sondern nur ein petitorium, welches das von der iuristischen possessio sehr verschiedene ius possidendi bestimmt, folgen.

Nur in Hinsicht der Interdicten zur Beybehaltung des Besitzes mufste die, öfters lange Dauer der Rechtsstreitigkeiten in Deutschland eine Aenderung in Ansehung des Verfahrens in dem possessorio herbeyführen, und eine policeyliche provisorische Regulirung der possessio, vor der Möglichkeit einer rechtlichen Regulirung derselben, mitunter nothwendig machen. Wenn nämlich beyde Theile sich für actuelle Besitzer halten, beyde mithin zum Interdicto retinendae, aber eben darum auch zum eigenmächtigen Schutze ihres Besitzes sich berechtigt glauben, so wird es Pflicht des Staates, vor allen Dingen durch zweckgemäfse provisorische Verfügungen den öffentlichen Ruhestand zu sichern, und dadurch die Möglichkeit eines Rechtsstreites vorzubereiten. Darum gebieten die Gesetze (a)

(a) *K. G. O. P.* 2. *t.* 21. *ʃ.* 3. *K. G. O. P.* 2. *t.* 22. *ʃ.* 4.

in diesem Falle dem Richter, *auch unaufgefordert*, vorerst den Gegenstand des Besitzes zu sequestriren, oder, Statt dessen, beyden Theilen die Ausübung possessorischer Handlungen auf denselben zu untersagen. Hiernächst aber soll der Richter, ohne deshalb weitläufige Verhandlungen oder vollständige Beweise zu verlangen, prüfen, welche der beyden Parthieen sich vor den wechselseitigen Störungen zuletzt in dem *wirklichen ungestörten* Besitze, wenn gleich auf noch so kurze Zeit, befunden habe (a), um alsdann diese, wenn er hierüber etwas mit Wahrscheinlichkeit ausgemittelt hat, durch ein Manutenenzdecret in dem wirklichen Besitze zu schützen, der andern aber, unter Vorbehaltung ihrer, in dem possessorischen oder petitorischen Processe zu erörternden Rechte, alle ferneren Störungen in dem Besitze zu untersagen (b). Hierdurch entsteht nun die

(a) *Der Grund hiervon liegt darin, weil für diese Parthie die Vermuthung eines rechtlichen Besitzes streitet. Die Vermuthung weicht aber der Gewißheit. Darum kann keiner bey einem Besitze geschützt werden, welcher rechtlich gar nicht der seinige seyn konnte.*

(b) *Sind künftige Störungen zu erwarten, so kann*

Eintheilung des bey interdictis retinendae possessionis Statt findenden possessorii in das possessorium *summariissimum* oder *momentaneum* und das *ordinarium*, eine Eintheilung, welche indessen nur dann vorkömmt, wenn die angegebene Gefahr von Ruhestörungen vorhanden ist, und selbst in diesem Falle wieder nur alsdann, wenn durch die angestellte Untersuchung nicht sogleich die *rechtliche* Entscheidung über das ius possessionis genügend vorbereitet wird.

Es ergiebt sich hieraus, daſs bey diesem höchst summarischen Verfahren über den momentanen Besitz, es möge nun auf die Imploration der einen, oder beyder Parthieen, oder von Amtswegen vorgenommen werden, dennoch beyde Parthieen gehört werden müssen, daſs das Bestreben einer jeden Parthie dahin gehen werde, für sich die letzten ruhigen Besitzhandlungen zu beweisen, die des Gegentheils hingegen als die Folgen einer widersprochenen Störung darsustellen, daſs hingegen der Richter für diejenige Parthie,

nach den Umständen auch die Stellung einer hinlänglichen Sicherheit dieser Parthie zur Verbindlichkeit gemacht werden.

welche durch Bescheinigung für ihre behaupteten letzten ruhigen Besitzhandlungen den höchsten Grad von *Wahrscheinlichkeit* ihm auf der Stelle zu verschaffen im Stande ist, sich entscheiden müsse (a), ohne jedoch zu vergessen, daſs durch diese provisorische Verfügung nie das mögliche Recht der andern Parthie einer Gefahr ausgesetzt werden dürfe (*).

§. 259.

b) *auf Arrestverfügungen und Sequestrationen.*

Unter einem *Arrestbefehle* versteht man eine Verordnung des Richters, durch welche

(a) *Da kein vollständiger Beweis verlangt wird, so können hier auch Zeugenverhöre vor einem Notarius zugelassen werden.*

(*) Anm. *Es fällt hier recht in die Augen, wie unrichtig es sey, den ganzen possessorischen Proceſs als eine besondere summarische Proceſsart zu behandeln. Dadurch, daſs man gerne die Anmerkung machen wollte, daſs die Einrede der Entsetzung (spolii) das Verfahren in der Hauptsache hemme, auch wenn sie mit dieser nicht in Verbindung stehe, und daſs der Beweis dieser Einrede binnen 15 Tagen von dem Beweisinterlocute an, angetreten werden müsse, kann man doch wohl diese Behandlungsart nicht rechtfertigen!*

entweder einer bestimmten Person, einen ihr angewiesenen Aufenthaltsort zu verlassen, untersagt, oder ihr Dispositionsrecht über das Ihrige, zur Sicherung der Ansprüche Anderer, beschränkt wird (a). In jenem Falle wird hierdurch ein *Personalarrest*, in diesem ein *Realarrest im weiteren Sinne* begründet. Der Mittel zur Anlegung eines Personalarrestes giebt es mehrere: — es kann einer Person bloſs das Verlassen ihres Hauses, oder Ortes untersagt, es können ihr Wachen in ihr Haus gegeben, oder endlich sie in einen verwahrten Aufenthaltsort (Gefängniſs) gebracht werden. Eben so lassen sich mehrere Mittel zur Anlegung eines Realarrestes als wirksam denken, z. B. Wegnahme beweglicher Sachen (welches *Realarrest in dem engeren Sinne* heiſst), Befehl an den dritten Innhaber solcher Sachen, daſs er sie, bis auf weitere Verordnung, nicht herausgeben solle, Befehl an den Schuldner, vor der Hand nichts an den Gläubiger, oder für diesen an einen an-

(a) *Ich sage: über das Ihrige. Dadurch nämlich unterscheidet sich die Arrestverfügung von einem, in Ansehung einer bestimmten Sache verdammenden Erkenntnisse.*

dern auszuzahlen, Untersagung der Veräufserung unbeweglicher Güter u. s. w. In diesem weiten Sinne ist unter dem Arreste auch das *Sequester* enthalten, welches dadurch angelegt wird, dafs die, einem Individuum weggenommenen beweglichen, oder unbeweglichen Güter einem Dritten zur Aufsicht, mit oder ohne Verwaltung, übergeben werden. — Häufig kommen dergleichen Verfügungen als reelle Executionsmittel zur Realisirung *unbestrittener* Ansprüche vor (§. 135.); in so ferne man aber von einem sogenannten Arrestprocesse, als einer besonderen summarischen Verfahrungsart, redet, kommen dieselben blofs als provisorische Verfügungen zur Sicherung *noch nicht unbestrittener* Ansprüche in Betrachtung. (*)

§. 240.

Fortsetzung. Arrestgesuch. Verfügung des Richters hierauf.

Aus dem im vorigen §. angegebenen Gesichtspunkte ergiebt sich, worin der Rechtfertigungsgrund eines jedes Gesuchs um Verfügung eines Arrestes gegen ein bestimmtes Individuum, zur Sicherung einer, gegen das-

(*) *Mevius tr. de arrestis.*

selbe zustehenden, aber noch nicht unbestrittenen Forderung, bestehen müsse. Es muſs nämlich eine *augenscheinliche* Gefahr, daſs ohne diese Verfügung die Realisirung der angegebenen Forderung entweder ganz vereitelt, oder doch sehr erschwert werden würde, nachgezeigt werden können. Zugleich wird aber, wenn der Rechtsstreit über die Forderung selbst nicht schon bey dem Richter anhängig ist, bewiesen werden müssen, daſs dieser Richter es seye, welcher für die Realisirung der Forderung des Impetranten Sorge zu tragen habe. *Der Regel nach* kann daher um die *provisorische* Arrestverfügung nur derjenige Richter angegangen werden, welcher in Ansehung der Forderung des Impetranten (als der Hauptsache) der zuständige (a) ist, und nur dann, wenn gezeigt werden könnte, daſs der Schuldner sich und das Seinige der Gerichtsbarkeit des sonst zuständigen Richters entzogen habe, würde für jeden Richter die Verbindlichkeit, mit Verhinderung der versuchten Betrügerey, für die Realisirung der rechtlichen Ansprüche des Impetranten thätig zu seyn, begründet wer-

(a) *Ob im allgemeinen, oder ex speciali causa z. B. als Richter des Contracts, ist einerley.*

den können. Nur in diesem Falle (a) würde, durch die Anlegung des Arrestes, selbst ein Richter, welcher ausserdem nicht der zuständige Richter des Impetraten gewesen wäre, sich Zuständigkeit erwerben können (§. 41.)

Bey der Prüfung des Arrestgesuches hat der Richter, der Natur einer provisorischen Verfügung gemäss, folgende Rücksichten zu nehmen: 1.) Er muss sehen, ob, unter Voraussetzung der Rechtlichkeit der Forderung des Impetranten, die Arrestverfügung wirklich als nothwendig zur Sicherheit desselben betrachtet werden müsste. Ist dieses nicht der Fall, so wird das Gesuch sogleich abgeschlagen. Ist es ihm zweifelhaft, so muss er durch zwekdienliche Mittel, indem er entweder von dem Impetranten bessere Aufklärung verlangt, oder den Impetraten summarisch vernimmt, sich diese Zweifel zu lösen suchen.

2.) Er muss sorgfältig prüfen, ob er nicht unter Voraussetzung der Unrechtlichkeit der Forderung, oder doch des Arrestge-

(a) *Doch dürfte wohl in dem Falle, wenn in dem ausländischen competenten Gerichte die Justiz verweigert wird, dasselbe behauptet werden müssen (Martin §. 261.)*

suches des Impetranten (a), den Impetraten der Gefahr, in einen unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schaden durch den verhängten Arrest zu gerathen, aussetzen würde. Ist dieses, so wird er, um selbst von beyden Seiten gegen nachherige Entschädigungsgesuche sicher zu seyn, vor allen Dingen eine hinlängliche Sicherheitsleistung von dem Impetranten verlangen, welche, wenn in der Geschwindigkeit kein anderes Mittel möglich ist, auch dadurch verschafft werden kann, daſs der Impetrant, bis er Bürgen oder Pfänder herbeyzuschaffen im Stande seyn werde, sich selbst gleichfalls in Arrest begiebt (b).

3.) Er muſs, wenn das Arrestgesuch nicht abgeschlagen werden darf, sorgfältig prüfen, auf welche Art demselben rechtlich Genüge zu leisten sey. Unter denjenigen Mitteln nämlich (§. 240.) welche dem Impetranten

(a) *Denn daſs diese Forderung selbst sogleich liquidirt seyn müsse, kann mann nicht als nothwendig behaupten, ob gleich es, damit man nicht zu Sicherheitsleistungen angehalten werde, als räthlich betrachtet werden kann.*

(b) *Wenn man sein Gesuch nicht sogleich liquidiren kann, so ist es, wenn Gefahr auf dem Verzuge hafftet, räthlich, sogleich die genügende Sicherheitsleistung zu bestellen.*

volle Sicherheit verschaffen, muſs er immer dasjenige wählen, welches dem Impetraten am wenigsten lästig ist (a); woraus denn erhellet, daſs der Personalarrest immer nur in den Fällen der äussersten Nothwendigkeit Statt finden könne (b).

(a) *Mangel an Vorsicht hierbey kann den Richter eben so gut nachherigen Ansprüchen des Impetranten oder des Impetraten aussetzen, als wenn er ohne Grund gebetene Arrestverfügungen abschlägt, oder erkennt.*

(b) *In manchen Fällen kann gar kein Personalarrest Statt finden. So kann keine Person, welche sich wirklich in den Diensten des Staates befindet, verhaftet werden.*

(*) *Unsere Gesetze billigen die aus der Natur der Sache abgeleitete Theorie des sogenannten Arrestprocesses, indem sie nur widerrechtliche Arreste verbieten. R. A.* 1570. *§.* 84. *R. A.* 1594. *§.* 82. 83. *C. K. G. O. Th.* 2. *t.* 24.

(**) *Die Kosten zur Erhaltung der arretirten Person oder Sache muſs, wenn der Impetrat zu dieser Erhaltung nicht vermögend ist, der Impetrant vorschieſsen.*

§. 241.

Fortsetzung. Weiteres Verfahren nach erlassener Arrestverfügung.

Nach erlassenem Arrestmandate (a) müssen, in Ansehung des hierdurch begründeten weiteren Verfahrens, der Natur der Sache nach, folgende Fälle unterschieden werden: I. Ob das Arrestgesuch, während des Laufes der Verhandlungen über die Forderung, zu deren Sicherstellung des Arrest gebeten wird, angebracht worden war. II. Ob durch die Arrestverfügung die Gerichtsbarkeit eines, sonst in Ansehung der Hauptsache nicht zuständigen Richters begründet, oder III. dadurch ein Verfahren bey dem, in Ansehung der bisher noch nicht anhängigen Hauptsache zuständigen Richter, veranlafst werden soll.

ad I. Hier stört die provisorische Arrestverfügung den Gang des Processes über die

(a) *Dieses ist dem Impetraten immer mit dem Arrestgesuche mitzutheilen, ist aber sonst, bey Anlegung des Arrestes auf Mobilien im Besitze des Impetraten, an den Gerichtsdiener, bey Anlegung des Arrestes auf Sachen, welche sich in der Verwahrung Dritter befinden, an diese gerichtet.*

die Hauptsache im geringsten nicht. Will sich daher der Impetrat bey jener Verfügung beruhigen, und das (vielleicht nahe) Ende des Hauptprocesses abwarten, so ist hiermit das ganze Arrestverfahren beendigt. Allein allerdings steht es dem Impetraten frey, gegen das, ihm mit der Arrestverfügung mitzutheilende Arrestgesuch, eine Gegenvorstellung zu übergeben, und entweder, durch eine zu bestellende Cautionsleistung, den Grund der Arrestverfügung aufzuheben, oder den Mangel aller Rechtsgründe zu einer solchen provisorischen Verfügung aufzudecken und demnach um Aufhebung derselben und Verurtheilung des Impetranten zum Schadensersatze zu bitten (a). In dem ersten Falle wird alsdann, wenn die bestellte Sicherheitsleistung genüget, die Arrestverfügung sogleich aufgehoben. In dem lezteren Falle mufs der Richter die Gründe dieser Gegenvorstellung sorgfältig prüfen, — findet er dieselben auf der

(a) *Auch davon, dafs gerade dieses Mittel, zur Verfügung des nothwendigen Arrestes, nicht hätte gewählt werden sollen, kann der Impetrat in dieser Gegenvorstellung den Richter zu überzeugen suchen, in welchem Falle auch hierüber erkannt werden mufs.*

Stelle verwerflich, so wird das Gesuch des Impetraten sogleich abgeschlagen, findet er sie *vollkommen* überzeugend, so wird die Arrestverfügung sogleich eingezogen, der angelegte Arrest aufgehoben (relaxirt) und der Impetrant zum Schadensersatze verurtheilt; bleibt ihm aber die Sache zweifelhaft, so muſs er, durch weitere, nach allgemeinen Grundsätzen zu leitende Verhandlungen der Partheien, ein, die Arrestverfügung bestätigendes, oder aufhebendes Erkenntniſs vorzubereiten suchen.

ad II. Hier kommt es darauf an, ob der Impetrant (welches am räthlichsten ist) sogleich mit dem Arrestgesuche seine Klage in Ansehung der Hauptsache beygebracht habe, oder nicht. In dem lezteren Falle muſs diese nun sogleich, binnen einem, von dem Richter anzusetzenden peremtorischen Termin (Rechtfertigungstermin) (a), beygebracht wer-

(a) *Wenn dieser von dem Impetranten versäumt wird, so ist es dessen eigene Schuld, wenn der Richter, auf Bitten des Impetraten, den verfügten Arrest wieder aufhebt. Doch kann aus rechtlichen Gründen der Impetrant auch Fristerstreckung erhalten. Mevius l. c. c. XVI.*

den, worauf alsdann, der Verfahrungsart gemäfs, welche durch die Natur des Rechtsstreites über die Forderung des Impetranten begründet werden kann, verfügt werden mufs (a). Sehr wohl ist aber hierbey zu bemerken, dafs der Impetrat, wenn er in seiner Gegenvorstellung die Widerrechtlichkeit des verfügten Arrestes darthun zu können glaubt, in Ansehung der Hauptsache selbst sich in nichts einlassen dürfe, weil mit Aufhebung der Arrestverfügung zugleich der einzige Grund der Zuständigkeit *dieses* Richters wegfällt. Kann hingegen der Impetrat die Rechtlichkeit des verfügten Arrestes nicht angreiffen, oder wird, seiner Gegenvorstellung ungeachtet, das Arrestdecret bestätigt, so mufs er nun *das* Verfahren in Ansehung der Hauptsache sich gefallen lassen, welches der Natur der Forderung des Impetranten angemessen ist.

(a) *Es kann daher in Ansehung der Hauptsache bald der ordentliche, bald der nach den allgemeinen Regeln eingerichtete summarische Procefs, bald eine nur Ausnahmsweise eintretende summarische Verfahrungsart z. E. Mandatsprocefs, Executivprocefs etc. Statt finden.*

ad III. Hier ist das Verfahren dem, n. II. beschriebenen vollkommen gleich, das einzige ausgenommen, daſs des Impetraten Vorstellungen gegen die Rechtlichkeit des verfügten Arrestes nicht als eine, den Gerichtsstand ablehnende Einrede betrachtet werden können, und daſs mithin der Impetrat, auch während des Verfahrens über die Rechtlichkeit des Arrestes, dennoch in den Rechtsstreit über die Hauptsache sich einzulassen, nicht verweigern kann (*)

C.) *Von dem Verfahren in Fällen, in welchen der sogenannte Executivproceſs eintritt.*

§. 242.

Executivproceſs. Rechtfertigungsgrund desselben.

Es würde unbillig und dem Credit im Handel und Wandel nachtheilig seyn, wenn man denjenigen, welcher auf alle mögliche Art dafür gesorgt hat, alle Punkte seiner

(*) Anm. *Derjenige, welcher den über ihn verhängten Arrest bricht, ist als Verächter obrigkeitlicher Befehle strafbar, und der Richter ist berechtigt, durch Requisitorialschreiben und öffentliche Ladungen den Entflohenen zu verfolgen.*

Forderung, welche als ein Gegenstand der Prüfung des, über die Rechtlichkeit der Forderung erkennenden Richters betrachtet werden müssen, sogleich klar machen zu können, verbinden wollte, mit der Realisirung dieser Forderung bis zum Ausgange einer Verfahrungsart zu warten, welche darauf berechnet ist, daſs alle, dem Gegentheile zustehenden Ausflüchte und Gegenfoderungen, wenn sie auch eines noch so weitläufigen Beweises bedürften, zugleich erörtert werden können. Wenn daher die Gesetzgebung bestimmte, daſs in solchen Fällen zwar dem Beklagten das Recht, seine Gegenansprüche auszuführen, nicht benommen, daſs aber doch durch diese Ausführung, wenn sie nicht durch dieselben liquiden Beweismittel, wodurch der Kläger die Rechtlichkeit seiner Forderung ausser Zweifel setzte, unterstützt werden könnte, die Realisirung des, sogleich liquidirten Rechts des Klägers nicht aufgehalten werden solle; so würde sie der Vorwurf einer Ungerechtigkeit wohl nicht treffen können. Aus diesem Gesichtspunkte muſs der sogenannte Executiv-Procefs betrachtet werden, welcher sich in Deutschland, von den

Reichsgesetzen im Allgemeinen genehmigt, aber nicht durchaus genau bestimmt (a), gebildet hat.

§. 243.

Fortsetzung. Grundsätze, auf welchen das executivische Verfahren beruht.

Da hier die Theorie dieses, Ausnahmsweise eintretenden Verfahrens nicht von den Observanzen bestimmter Gerichte abgeleitet werden kann, so dürfen nur folgende, als durchaus entscheidende Grundsätze betrachtet werden:

I.) Der Implorant, welcher von dem executivischen Verfahren zu seinem Vortheile Gebrauch machen will, muſs seine *persönliche* (b) Forderung an den Imploraten *sogleich* durch Beweismittel unterstützen, welche die

(a) *J. R. A. §. 174. verbunden mit den, aus Cod. IV. 31. c. 14. abzuleitenden Argumenten.*

(b) *Danz summ. Proc. §. 30. und die das. angef. Bey dinglichen Klagen kann eine Urkunde nie leisten, was sie nach dem §. leisten müſste. Auch fallen bey dinglichen Klagen selbst die Gründe zur Einführung einer begünstigten Verfahrungsart weg. Hommel Rhaps. quaest. for. Tom. I. obs. 4.*

Verbindlichkeit des Imploraten selbst unmittelbar aussprechen und durch welche der Richter auf der Stelle sich von der Richtigkeit der Foderung, *in jeder möglichen, für die Entscheidung über die Rechtlichkeit derselben nothwendigen Hinsicht*, vollkommen zu überzeugen im Stande ist. Das einzige Beweismittel, welches dieses zu leisten im Stande wäre, sind *klare Brief und Siegel*, oder (wie man sich auszudrücken pflegt) *guarentigiirte Instrumente*, d. h. Urkunden (privat oder öffentliche), welche nicht nur keinen äufseren Mangel, um dessen willen sich ihre Authenticität bezweifeln liefse, an sich tragen, sondern auch durch ihren Innhalt die vollsten, genügendsten Aufschlüsse über alles, wovon der Implorat den Richter überzeugen mufs (also über das a quo, cui, cur, quale, quantum, quando et ubi debeatur) enthalten. Nur auf solche Documente kann daher diese privilegirte Verfahrungsart, nach den Gründen ihrer Einführung und dem Geiste des J. R. A., gegründet werden.

II.) Eine *auf diese Art bewiesene* (a) Forderung des Imploranten soll von dem Richter,

(a) *Sollte daher der Richter auf nicht guarentigiirte Instrumente dennoch in dem Executiv-*

wenn anders seine Zuständigkeit keinem Zweifel ausgesetzt ist, ohne die Ausflüchte des Imploraten, *welche eines Beweises bedürften*, *izt* weiter zu hören, sogleich auf die gesetzliche Art realisirt werden. — Daher der Namen des *executivischen Verfahrens*. Nur dann, wenn der Implorat für den Beweis seiner Einreden eben so gut, wie der Implorant für den seiner Klage gesorgt hätte, nur dann also, wenn der Implorat seine Einreden gleichfalls auf der Stelle durch guarentigiirte Instrumente klar machen könnte, muſs ihm ein gleiches Recht auf das richterliche Gehör verstattet werden (a). Alle, auf irgend eine andre Art *zu erweisenden* Einreden hingegen können zwar dem Imploraten nicht genommen, aber ihre Erörterung muſs, ohne daſs dadurch die Realisirung der klaren Forderung des Imploranten aufgehalten würde, einer anzustellenden Wiederklage vorbehalten werden.

processe verfahren, so würde der Implorat mit Recht die Einrede der unrecht gewählten Proceſsart vorschützen.

(a) *Daſs der Eid nicht zu den, sogleich liquidirenden Beweismitteln gehöre, davon siehe Gönner zu Danz n. XX.*

III.) Was die Art und Weise selbst betrifft, auf welche der Richter in dem Executivprocesse für die Realisirung der Forderung des Imploranten thätig seyn muss; so ist hier genau zu unterscheiden: ob die vorgebrachten Urkunden, um vollen Beweis zu wirken, noch einer Anerkennung des Imploraten bedürfen, oder nicht? — Im ersteren Falle hat der Richter sogleich ein, der Forderung des Imploranten gemässes Mandat zu erlassen, welches aber, weil man zum Voraus nicht wissen kann, ob dem Imploraten nicht, auf der Stelle durch guarentigiirte Instrumente zu erweisende Einreden zustehen, nur ein *bedingtes* seyn darf. Es ist aber hierbey nicht zu vergessen, dass, indem durch die Clausel eines *solchen* Mandates dem Imploraten nur, *in dem executivischen Verfahren zulässige Einreden* (vergl. n. II.), zum Beweise der *rechtlichen* Nichtbefolgung des Mandates, vorzubringen verstattet wird, das durch dieses Mandat begründete *executivische Verfahren* immer sehr von dem, welches sonst bey bedingten Mandaten eintritt (§. 237.), verschieden sey.

Im letzteren Falle hingegen muss der Richter vor allen Dingen einen Termin zur gerichtlichen Anerkennung der Urkunden ansetzen,

und auf denselben den Imploraten, am besten sogleich unter Androhung, dafs die Urkunden im Nichterscheinungsfalle für anerkannt erklärt werden würden, den Imploranten aber zur reellen Production der Urkunden, unter Androhung des Verlustes derselben, vorladen. In diesem Termine erklärt nun der Implorat (wenn er nicht solche verzögerliche Einreden, welche ihn auch im ordentlichen Processe von der Einlassung befreyen müssen, oder doch die Einrede der unrecht gewählten Procefsart vorzuschützen hat) entweder, dafs er die producirten Urkunden anerkenne, oder dafs er sie (was ihm frey stehet) eidlich abläugnen wolle. In dem letzteren Falle wird durch diese eidliche Abläugnung alle Beweiskraft der Urkunden vernichtet, und der Implorat mufs daher abgewiesen werden. In dem ersteren Falle hingegen wird, wenn der Implorat nicht, in dem executivschen Verfahren zulässige Einreden (n. II.) vorzubringen im Stande ist, nun sogleich der bewiesenen Forderung des Imploranten gemäfs gegen den Imploraten gesprochen, und alles, was dieser sonst vorzubringen haben möchte, der Erörterung in einer Wiederklage vorbehalten. Hierbey ist nur noch dieses zu bemerken, dafs *in*

dem executivischen Verfahren (a) weder der Implorat durch eine Gewissensvertretung mit Beweis der eidlichen Abläugnung, wenn er die Urkunden nicht anerkennen will, entgehen, noch der Implorant dadurch, daſs er auf andre Art den Beweis der Authenticität der Urkunden führen will, der gewählten eidlichen Abläugnung vorbeugen könne; denn das executivische Verfahren kennt durchaus keinen andern Beweis, als den durch guarentigiirte Instrumente.

§. 244.

Wechselprocefs

Da Wechsel guarentigiirte Instrumente seyn können, so ist es keine Frage, daſs

(a) *Ich sage: in dem executivischen Verfahren, und glaube, daſs sich so die Streitfrage: ob der Implorant der in dem ordentlichen Processe ihm zustehenden Mittel, die eidliche Abläugnung abzuwenden, sich bedienen könne? sehr leicht entscheiden lasse. Mit dem Executivprocesse nämlich ist dieses unverträglich; da aber der Implorant auf diese, zu seinem Vortheil eingeführte Verfahrungsart Verzicht leisten kann, so ist eine Erklärung des Imploranten: daſs er sich jener Mittel bedienen wolle, zwar nicht verwerflich, aber es muſs von diesem Augenblicke an angenommen werden, daſs er den Vortheilen des executivischen Verfahrens entsagt habe.*

auch auf sie der Executivprocefs gegründet werden könne. Nach den gemeinen deutschen Gesetzen, welche keine besondere Wechselstrenge kennen, giebt es daher gar keine Eigenthümlichkeiten eines Wechselprocesses, wohl aber an denen Orten, wo eine solche Wechselstrenge particular gesetzlich ist. Indessen besteht auch hier die ganze Eigenthümlichkeit nur allein darinn, dafs der Wechselschuldner, auf Verlangen des Gläubigers, sich, wenn auch sein Vermögen zur Befriedigung der Forderung hinreichen sollte, dennoch, nach eingetretenem Zahlungstermine, dem Personalarreste, bis zur wirklich geleisteten Zahlung, unterwerfen mufs.

§. 245.

Verfahren über procefshindernde Einreden.

Sehr nahe verwandt mit dem Executivprocesse ist das schleunige Verfahren über die sogenannten *procefshindernden Einreden* (a) (exceptiones litis ingressum impedientes). Das Fundament für dieses Verfahren suchte man gewöhnlich in einer Stelle der canoni-

(a) *d. h. den Anfang des ordentlichen Processes hindernde Einreden.*

schen Gesetze (a), welche, bey vorgeschützten Einreden des schon geendigten Processes (litis finitae), Befreyung von der Einlassung auf die Klage Statt finden läſst; da indessen fast allgemein die Rechtsgelehrten den Grund jener Gesetzesstelle in Begünstigung schleuniger Beweise (wiewohl mit Unrecht) suchten und daher die Disposition des Gesetzes auf alle, *sogleich erwiesene*, den ganzen Klagegrund zerstörende Einreden ausdehnten; so muſs es erlaubt seyn, izt diese, in den Gerichtsgebrauch übergegangene Meinung nicht mehr auf jene, ohnehin in der Reichsgesetzgebung nie berücksichtigte (b), und keine Aufschlüsse über das Verfahren gewährende Gesetzesstelle zu stützen, sondern, mit Verzichtleistung auf dergleichen gewaltsame Gesetzesauslegungen, den wahren Grund derselben in der, aus dem Geiste des executivischen Verfahrens hervorgehenden, auch für den Beklagten entscheidenden gesetzlichen Be-

(a) *II. 3. c. 1. in 6to.*

(b) *Vortrefflich hat dieſs* G ö n n e r, *der Reformator dieser Lehre, bewiesen, I. 8. eine der gelungensten Abhandlungen dieser schönen Sammlung.*

günstigung sogleich liquider Ansprüche, zu suchen.

Wenn der Beklagte durch *zerstöhrliche* Einreden den *vollen Ungrund* der *ganzen* Klage *sogleich erwiesen*, *unbedingt* und *unabhängig* von weiterem Vorbringen des Klägers (a), darthun kann, so ist er befugt, eine Abweichung von dem gewöhnlichen Gange des Processes (b) und, nach Einleitung des über die schleunigen Beweise etwa noch erforderlichen Verfahrens, alsbaldige Absolution von der ganzen Klage zu verlangen.

Findet der Richter die vorgeschützten Einreden *an sich* und in Ansehung ihrer Beweise für den Zweck des Beklagten rechtlich geeigenschaftet, so setzt er nun, wenn die Beweise in Privaturkunden bestehen,

(a) *Die den Beweis auf den Kläger schiebenden Einreden können daher, ohne besondre Uebernahme eines Beweises derselben, nicht als proceſshindernd gebraucht werden.*

(b) *Unnütz und schädlich ist es, proceſshindernden Einreden eventuell eine Exceptionsschrift, wie im ordentlichen Processe, anzuhängen und darinn dieselben, als gemeine peremtorische Einreden, zu wiederholen.*

einen Termin zur Anerkennung (§. 244.) an, bestehen sie dagegen in *öffentlichen*, so mufs ihn die Rücksicht, dafs die *möglichen* Repliken und Gegenbeweise des Klägers, selbst wenn diese das gewöhnliche Verfahren erfordern sollten, durch keine Begünstigung des Beklagten ausgeschlossen werden können, bestimmen, nicht gleich absolutorisch zu erkennen, sondern vorerst noch einen Termin zum mündlichen Schlufsverfahren anzusetzen. In diesem, so wie in dem Termine zur Anerkennung der Privaturkunden, steht es dann dem Kläger, wenn er auch die procefshindernde Qualität der Einreden des Beklagten im Allgemeinen nicht verkennen kann, frey, für seine vorgebrachten Repliken und Gegenbeweise, Einleitung des *gewöhnlichen* Verfahrens zu verlangen, es mufs ihm aber auch erlaubt seyn, den von dem Beklagten eingeschlagenen Weg zu verfolgen, seine Repliken auf der Stelle zu erweisen und alsdann die Condemnation des Beklagten, welcher nicht gleichfalls auf der Stelle eine Duplication zu erweisen vermag, zu verlangen.

ANHANG.

Von dem Concursprocesse.

Einleitung.

§. 246.

Begriff des Concursprocesses. (*)

Wenn auch noch so viele Gläubiger gegen ein bestimmtes Individuum mit ihren Forderungen gerichtlich auftreten, so wird dennoch durch diese Gläubigerconcurrenz *allein* keineswegs die ausserordentliche Verfahrungsart, welche wir mit dem Namen des *Concursprocesses* zu bezeichnen pflegen, begründet, sondern es wird über die Forderung

(*) *Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle* 1801. 4. *2te Aufl. Sehr gute Bemerkungen enthalten die Happelschen, bey den einzelnen Lehren anzuzeigenden Schriften.*

rung jedes einzelnen Gläubigers nach der Natur derselben, entweder in dem ordentlichen, oder Ausnahmsweise in dem summarischen Processe, verfahren und mit der Vollstreckung der rechtskräftigen Erkenntnisse gegen den Schuldner eben so zu Werke gegangen, wie es hätte geschehen müssen, wenn die zufällige Concurrenz der klagenden Gläubiger nicht vorhanden gewesen wäre. Wenn aber, sey es durch diese Concurrenz der Gläubiger, oder durch die eigene Erklärung des Schuldners, oder auf irgend eine andere Art veranlafst, der prüfende Richter die Gewifsheit erhält, dafs die Vermögensmasse eines Schuldners, in so weit sich die Gläubiger an dieselbe halten können, zur Befriedigung aller Forderungen nicht zureiche, dann mufs nothwendig das Verfahren eine ganz veränderte Gestalt annehmen. Da nämlich izt diese ganze Vermögensmasse von den Forderungen der Gläubiger verschlungen wird, an diese also nothwendig ganz abgetreten und unter dieselben, deren Forderungen sich in der Realisirung nothwendig wechselsweise beschränken, nach den aus der Natur ihrer Rechtsansprüche hervorgehenden Bestimmungen, vertheilt werden mufs; so

würde nun eine Verfahrungsart, welche sich ganz in den Schranken des gewöhnlichen Verfahrens bey den Rechtsstreitigkeiten haltend, jede Forderung als *einzelne* behandelte und ohne Rücksicht auf andere zu realisiren suchte, nicht mehr als zweckmäſsig erscheinen können. Eine nothwendige polizeyliche Rücksicht fordert vielmehr, daſs nun an die Stelle des gewöhnlichen Verfahrens ein andres trete, welches das *ganze* an die Gläubiger rechtlich abzutretende Vermögen des Schuldners unter diese insgesammt, nach den durch ihre Concurrenz bestimmten rechtlichen Verhältnissen, wirklich vertheile. Die Aufgaben, welche in solchen Fällen, damit eine rechtliche Vertheilung des Vermögens gedacht werden könne, durch das gerichtliche Verfahren aufgelöset werden müſsten, wären demnach diese, 1) zu bestimmen, was überhaupt unter die Gläubiger zu vertheilen sey und wie viel überhaupt den Gläubigern verlohren gehe, welches durch die genaue Feststellung der zu vertheilenden Vermögensmasse geschieht; 2) zu bestimmen, wie die Gläubiger aus dieser Masse zu befriedigen seyen, woraus sich denn von selbst ergeben muſs, welche unter denselben und was diese an ihren Forde-

rungen verlieren müssen. Dieses ausserordentliche Verfahren, welches zur gerichtlichen Vertheilung des unzulänglichen Vermögens eines Gemeinschuldners (cridarius) an die Gläubiger Statt finden mufs, nennen wir den *Concursprocefs* (a), welcher sich in Deutschland, durch die von dem Gerichtsgebrauche sanctionirte Aufnahme jenes polizeylichen Zweckes, als ein eigenthümliches, von dem römischen Verfahren in Schuldsachen in dem Grundsatze ganz verschiedenes Verfahren gebildet hat (b).

§. 247.

Allgemeinste Folgen aus diesem Begriffe. Von der Gemeinschaft der Gläubiger. Von dem zuständigen Gerichtsstande und der Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besonderen.

Da nach dem angegebenen Begriffe, ein Concursprocefs nicht gedacht werden kann, ausser als Folge der Erklärung, dafs die Ver-

(a) *Auch Gant - oder Conturbationsprocefs.*

(b) *Eine Skizze des römischen Verfahrens wird diefs am besten beweisen und zugleich die Regeln für die Anwendbarkeit der römischen Gesetze in dieser Lehre an die Hand geben.*

mögensmasse eines Gemeinschuldners den Gläubigern, in so weit sich dieselben an diese halten können, zur Vertheilung als abgetreten zu betrachten sey; so folgt, dafs gleich mit dem Anfange dieser Verfahrungsart der Schuldner alles Dispositionsrecht über diese Vermögensmasse verlieren müsse und dafs diese Masse als eventuelles, durch den Richter rechtlich zu vertheilendes Eigenthum der Gläubiger zu betrachten sey (a). Dieses ist es, was man sich denkt,

(a) *Ich glaube, dafs die gewöhnlichen Eintheilungen des Concurses in den immineuten, materiellen und formellen, oder blofs in den materiellen und formellen völlig unnütz und, als praktische Verwirrungen leicht erzeugend, verwerflich seyen. Nur durch den wirklichen Anfang des Concursprocesses (welcher unten näher betrachtet werden wird) wird der Gemeinschuldner des Dispositionsrechtes über das Seinige für verlustig erklärt, erst von izt an, wird das verschuldete Vermögen eventuelles Eigenthum der Gläubiger; denn es läfst sich kein Rechtsgrund angeben, aus welchem vor diesem Zeitpunkte eine totale Veränderung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner abgeleitet werden könnte. Nun wird zwar nicht geläugnet, dafs, nach ausgebrochenem Concursprocesse, vor dem Ausbruche desselben vor-*

wenn man sagt: dafs die Gläubiger durch den eröffneten Concursprocefs *in eine Gemeinschaft treten*, — ein Ausdruck, welcher, wenn er nicht durch das eben Gesagte seine genauere Bestimmung erhält, leicht zu Mifsverständnissen Veranlassung geben kann.

genommene Veräufserungen, „wenn die Absicht des Schuldners, sein Vermögen zum Nachtheil der Gläubiger zu vermindern, bey der lucrativen Veräufserung an dem Tage liegt, oder wenn durch Collusion zwischen dem Schuldner und dem dritten, letzterer, auch bey einer scheinbar onerosen Veräufserung, Theilnehmer am Betruge wird (v. Almendingen über den mater. und form. Conc. d. Gläubiger S. 82)", durch die in den positiven Gesetzen gegründete paulianische Klage aufgehoben werden können; allein um die Regeln über den richtigen Gebrauch dieses in den Gesetzen (XLII 8. fr. 1. fr. 6. §. 11. Cod. VII. 75. const. 5.) genau bestimmten Rechtsmittels aufstellen zu können, bedarf es jener schwankenden und, selbst nach den besten Erklärungen, hierzu untauglichen Eintheilungen nicht. Vergl. vorz. gegen Gmelin, (die Lehre vom materiellen Concurse der Gläubiger, Erl. 1775.) Happel in den Beobachtungen beym Ausbruche eines Concurses und bey Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräufserten Vermögens. Giessen 1801. 8.

Da hiernächst, um den Zweck, daſs die verschuldete Vermögensmasse unter alle diejenigen, welche Forderungen an dieselbe haben, nach den Gesetzen vertheilt werde, zu erreichen, es nothwendig ist, daſs alle Forderungen an diese Masse bey demselben Gerichte angebracht werden, so folgt: 1.) daſs der Concursproceſs nur von dem Gerichte, welches in Ansehung aller dieser verschiedenartigen Forderungen als zuständig betrachtet werden kann, vor welchem mithin der Schuldner seinen *allgemeinen* (§. 37.), sey es befreiten, oder nicht befreiten Gerichtsstand hat — zu erkennen sey: 2.) daſs mit dem von diesem Gerichte erkannten Concursprocesse, die Zuständigkeit aller speciellen Gerichtsstände, es mögen nun die Forderungen, welche in diesen hätten angebracht werden können, schon wirklich angebracht seyn oder nicht, erlöschen müsse. Hierdurch wird aber der Unterschied zwischen dem *allgemeinen* und *besonderen* oder *particulären* Concursproceſs gar nicht verwerflich (a); sondern es muſs vielmehr dieser letztere in allen Fällen Statt finden, wo bestimmte Gläubiger zu einer bestimmten, als ein eigenes Gütercorpus (universitas rerum) von dem

(a) *wie Dabelow in der ausführlichen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, 1te Aufl. Th. 1. §. 12. glaubte.*

übrigen Vermögen abzutrennenden und zur Befriedigung der an dieselbe Statt findenden Forderung nicht genügenden (*) Vermögensmasse, in einem solchen Verhältnisse stehen, dafs sie die Separation derselben von dem übrigen Vermögen *rechtlich* verlangen können (a). Dagegen läfst sich aber die Rechtlichkeit eines particulären Concurses nur in dieser Rücksicht, nach welcher er selbst bey dem nämlichen Richter, bey welchem auch der allgemeine Concursprocefs hängt, Statt finden kann (b), rechtfertigen

(*) *Denn wenn die Vermögensmasse, deren Absonderung rechtlich verlangt werden kann, zur Befriedigung der Gläubiger, welche Ansprüche an dieselbe haben, genügt, so kann kein Concursprocefs über dieselbe entstehen, (§. 246.); sondern diese Gläubiger liquidiren ihre Forderungen, ohne in einen Concursprocefs sich einzulassen und das, was nach der Befriedigung derselben übrig bleibt, wird ein Theil der allgemeinen Concursmasse.*

(a) *Sehr schön hat dieses ausgeführt* Gönner *in den Erörterungen etc. n. XLII. Beyspiele geben XIV. 4. fr. 5. §. 15. 16. XLII. §. 6. fr. 15.*

(b) *Sobald aber das zu separirende Vermögen in einem andern Gerichte gelegen ist, so ist dieser andere Richter in Ansehung dieses particulären Concurses der allein zuständige.*

So wichtig übrigens auch die Folgen dieser Eintheilung für die Gläubiger seyn können, so

und keineswegs aus dem Grunde, weil die Vermögensstücke des Schuldners in verschiedenen Ländern gelegen sind (a).

§. 248.

Nöthige Vorsicht des Richters bey Veranlassungen zum Concurse. 1.) Präliminaruntersuchungen vor dem wirklichen Anfange des Concursprocesses.

Es giebt mehrere Gründe, welche dem Richter als Veranlassungen zu einem Concursprocesse erscheinen können. Selten wird zu diesen die eigene Erklärung des Schuldners,

hat sie doch keine Verschiedenheit in Ansehung der Verfahrungsart zur Folge.

(a) *Sehr merkwürdig ist hierüber das RHRathsconclusum vom 13. Febr. 1787. in Betreff des Adelsheim-Sennfelder Debitwesens und vom 23. May 1789. in Betreff des Curators der Schwendlerschen Concursmasse Ctra. die Fürstl. Wirzb. Regierung. S. Gönner a. a. O. n. XLIII. — Ohne die Annahme der, in dem deutschen Concursprocesse entcheidenden, §. 246 entwickelten Grundthesis, dürfte sich indessen diese Behauptung aus den römischen Gesetzen nie erweisen lassen, vergl. Happel Erörterung der beym Concursproceſs vorkommenden wichtigsten Gegenstände. Giessen 1803. 8. — Ein Werk, welches ich leider zu spät erhalten habe, um es nach meinen Wünschen zu benutzen.*

dafs er sein, zur Befriedigung der Gläubiger unzulängliches Vermögen abtreten wolle, (so vortheilhaft auch diese Erklärung für den Schuldner seyn kann) gehören, dagegen aber werden desto häufiger als Veranlassungsgründe betrachtet werden können: 1.) wenn zur Befriedigung der andringenden, zumal chirographarischen Gläubiger das Mobiliarvermögen des Schuldners nicht zureicht und, da nun zum Verkaufe von Immobilien geschritten werden soll, auch unter diesen keines sich zeigt, welches zur Tilgung der eingeklagten Schulden und Bezahlung der darauf Ansprüche habenden hypothekarischen Gläubiger genüget; 2.) wenn gegen einen flüchtig gewordenen Schuldner nun mehrere Gläubiger auftreten. 3.) Wenn nach dem Tode eines Schuldners der Erbe die verschuldete Erbschaft nicht antreten will, oder, bey der andringenden Menge von Gläubigern, sich erklärt, dafs er sie ohne eine genauere Prüfung des ganzen Vermögens- und Schuldenzustandes nicht antreten wolle u. d. m. — Welche von diesen lezteren, oder ähnlichen Veranlassungsgründen der Richter aber auch haben möge, so ist er dennoch durch keinen der-

selben zu dem wirklichen Anfange des Concursprocesses berechtigt; denn eine Verfahrungsart, welche nur unter der Voraussetzung, daſs der Schuldner das Dispositionsrecht über das Seinige verlohren habe und dieses ganz an andre vertheilt werden müsse, gedacht werden kann, welche mithin den nachtheiligsten Einfluſs auf die Lage des Schuldners haben muſs, kann nur durch die *Gewiſsheit*, daſs das ganze Vermögen von den Forderungen der Gläubiger verschlungen werde, gerechtfertiget werden. Dagegen aber haben die Gläubiger das Recht, zu verlangen, daſs der Richter nicht durch unnöthiges Verzögern mit dem Anfange des Concursprocesses beträchtlichere Verminderungen der Vermögensmasse veranlasse, sie haben das Recht, zu verlangen, daſs er sich durch diese Veranlassungsgründe zu einer genaueren Prüfung, deren Resultat ihm die verlangte Gewiſsheit gewähren muſs, bestimmen lasse. Diese genauere Prüfung des Vermögenszustandes des Schuldners ist deswegen nun eine nothwendige Präliminarhandlung, welche der vorsichtige Richter nie versäumen wird. Von dem gegenwärtigen Schuldner wird er daher eine eidliche Specification seines Vsrmögens und

Schuldenzustandes sich einreichen lassen, in solchen Fällen aber, wo dieses nicht geschehen kann, durch Verfertigung eines Inventariums die Vermögensmasse, durch Vorladung der Gläubiger hingegen (bey welcher aber die Ursache nothwendig angegeben werden mufs) die Schuldenmasse erforschen. Durch ein solches Verfahren mufs er nun nothwendig in den Stand gesetzt werden, sich mit der genauesten Bestimmtheit angeben zu können, ob der Vermögenszustand des Schuldners ein solcher seye, welcher ihn zu dem Anfange des wirklichen Concursprocesses berechtigen kann. (§. 246.).

§. 249.

2.) *Versuch der Güte. Nachlafsverträge. Moratorische Verträge.*

Selbst wenn er sich aber auch hierzu berechtigt finden sollte, so wird er dennoch, um die mit jedem Concursprocesse für Gläubiger sowohl als Schuldner nothwendig verknüpften üblen Folgen, so viel an ihm ist, zu entfernen, sich aufgefordert fühlen (§. 124), vor allen Dingen zu versuchen, ob nicht durch eine zu stiftende Uebereinkunft der Gläubiger dem Ausbruche des Concurspro-

cesses vorzubeugen seye. Dem, durch die bisherigen Untersuchungen mit der wahren Lage der Sache vertrauten Richter, wird es hier häufig nicht schwer werden, den Gläubigern verschiedene, zu ihren Besten abzweckende Vorschläge zu thun (*) und sie von dem Werthe dieser Vorschläge zu überzeugen. Vorzüglich aber wird er öfters im Stande seyn, dadurch den Ausbruch des Concursprocesses zu verhindern, daſs er die Gläubiger zu einem *moratorischen* oder *Nachlaſsvertrage* bestimmt, vermöge dessen die Gläubiger erklären, daſs sie dem Schuldner eine bestimmte Zeit lang nachsehen, oder die Befriedigung eines bestimmten Theils ihrer Forderungen entweder gar nicht, oder doch vor der Hand nicht verlangen wollen, sey es, um dem Schuldner oder den Seinigen den nöthigen Lebensunterhalt zu lassen, oder um demselben nicht alle Mittel zur Verbesserung seiner Lage zu rauben, oder endlich nur, um den übrigen Theil der Forderung desto sicherer zu erhalten. Der Richter wird hierbey sein Bestreben vorzüglich dahin richten,

(*) *Man sehe Happel a. a. O. S. 102. folg. und Claproth in den summ. Processen §. 352.*

eine *freywillige* Vereinigung der Gläubiger zu Stande zu bringen, welches ihm nicht gelingen kann, wenn er sich nicht dazu vorbereitet hat, den Gläubigern (allenfalls jedem insbesondere) durch einleuchtende Gründe die Ueberzeugung zu verschaffen, dafs die Annahme seiner Vergleichsvorschläge ihrem allerseitigen Interesse angemessener seye, als es der Ausgang des Concursprocesses wahrscheinlich seyn würde, und wenn er nicht zum Voraus auf zweckdienliche Mittel gedacht hat, um die Schwierigkeiten, welche sich einer Vereinigung entgegensetzen können, z. B. wenn der Vermögenszustand des Schuldners nicht ganz bestimmt und deutlich vorgelegt werden kann, wenn kein baares Geld vorhanden ist und die Güter nicht vortheilhaft verkauft werden können u. s. w., zu entfernen. (a)

Man hat sogar, aus höchst mifsverstandenen und eigentlich bey uns gar nicht so geradezu anwendbaren römischen Gesetzen

(a) *Eine vorzüglich gute Anleitung hierzu findet man in Happels Anleitung zum Verfahren, Concursprocesse abzuwenden. Giefsen* 1799. 8.

(a), bey den meisten Gerichten als Rechtssatz angenommen, dafs die abgeneigten Gläubiger eines, durch erweisliche Unglücksfälle bedrängten Schuldners zu der Eingehung eines Nachlafsvertrages selbst *gezwungen* werden dürften, sobald die, nach der Gröfse der Forderungen und, nur bey gleichen Forderungen, nach der Zahl der Personen zu berechnende Majorität der Gläubiger (b) überein gekommen wäre. Indessen sind doch immer die hypothekarischen Gläubiger, in so ferne ihre Hypothek zu ihrer Befriedigung hinreicht, von der Verbindlichkeit, der für den Nachlafs stimmenden Majorität sich anschliefsen zu müssen, befreyt (c) und überhaupt wird man es als Pflicht des Richters anerkennen müssen, darüber zu wachen, dafs nicht, unter dem Deckmantel des angeführten, durch den Gerichtsgebrauch sehr allgemein geheiligten Rechtssatzes, die empörendsten Ungerechtigkeiten begangen und die Rechte der Gläubiger, durch Collusionen einzelner aus ihrer

(a) *II.* 14. *fr.* 7. *§.* 19. *Man sehe Happel a. a. O.* *§.* 128. *folg.*

(b) *II.* 14. *fr.* 8. 9.

(c) *II.* 14. *fr.* 10.

Mitte mit dem Schuldner, aufgeopfert werden (a).

§. 250.

Uebergang zum wirklichen Concursprocefs.

Ist der Versuch zur Güte fruchtlos geblieben, so bleibt nun dem Richter nichts übrig, als den wirklichen Concursprocefs gehörig einzuleiten. Da von diesem Augenblicke an die ganze, nun unter die Gläubiger zu vertheilende Vermögensmasse gänzlich von dem Schuldner getrennt werden soll (§. 246.), eine solche totale Veränderung des Verhältnisses zwischen Gläubigern und Schuldner aber keineswegs ipso jure eintreten kann, so ist es nothwendig, dafs der Richter, mittelst eines eigenen Bescheides, durch welchen dem Schuldner alle fernere Verfügungen über sein Vermögen förmlich verboten werden (b), diese

(a) *Man sehe Happel a. a. O. §. 167. folg.*

(b) *Provisorisch kann, bey hoher Wahrscheinlichkeit der Insolvenz des Schuldners, das Verbot aller, nicht zu der nothwendigen Vermögensverwaltung gehörenden Dispositionen desselben über sein Vermögen, auch schon vor eröffnetem Concursprocesse, bey der nothwendigen Präliminaruntersuchung, ergehen, — alsdann ist aber Beschleunigung*

Eröffnung des nun rechtlich begründeten Concursprocesses decretire (a) und sodann gleich zu den ersten, durch die Natur dieses aufserordentlicheu Verfahrens nothwendig gemachten Handlungen übergehe.

Welches diese ersten Handlungen seyen, läfst sich im Allgemeinen nicht wohl bestimmen. Man kann zwar, da der Zweck des Concursverfahrens (§. 246.) nur alsdann erreicht werden kann, wenn a.) das dem Schuldner nun abgenommene Vermögen (Concursmasse) auf das genaueste ausgemittelt und bis zu der Vertheilung verwaltet und b.) mit vollkommener Gewifsheit bestimmt worden ist, wer und was für rechtliche Ansprüche ein jeder an dieses zu vertheilende Vermögen auf-

dieser vorbereitenden Handlungen um so heiligere Pflicht, je gewisser es ist, dafs polizeyliche Rücksichten es verlangen, dafs das Verhältnifs eines Menschen zu dem, von ihm besessenen Vermögen nicht lange ein Geheimnifs bleibe, sondern, so bald als möglich, auch Dritte aufmerksam gemacht werden, um sich vor Schaden zu hüten.

(a) *Einem gegen diesen Bescheid ergriffenen Rechtsmittel mufs, in Anschung des Veräufserungsverbotes, die Suspensivkraft gänzlich abgesprochen werden.*

aufweisen könne, — nicht nur 1.) mit vollem Rechte behaupten, dafs alle, bis zu dem, die wirkliche Vertheilung des unzulänglichen Vermögens bestimmenden richterlichen Erkenntnisse (Locationsurtheile), in dem Concursprocesse vorkommende Handlungen darauf berechnet seyn müssen, die beyden angeführten nothwendigen Mittel zu dem Zwecke des Verfahrens herbeyzuführen; — sondern auch 2.) eben so bereitwillig zugeben, dafs die Versiegelung und Inventarisation des Vermögens, und die öffentliche Aufforderung aller Gläubiger die ersten nothwendigen Schritte seyen, welche den Richter zu der Erreichung der angegebenen Absichten mit Sicherheit leiten können; — allein darum werden dennoch weder jene Versiegelung und Inventarisation, noch diese öffentliche Aufforderung *immer* als die ersten Handlungen des Richters nach eröffnetem Concursprocesse betrachtet werden können.

Da nämlich alle diese Handlungen auch schon *vor* eröffnetem Concursprocesse, als nothwendige Präliminarhandlungen des Richters, vorkommen *können* (§. 248.), so leuchtet es ein, dafs alsdann mit dem Anfange des Concursprocesses nur auf dem, durch diese

Schritte schon betretenen Wege weiter fortgefahren werden dürfe, und daſs mithin keine dieser Handlungen in allen Fällen ein sicheres Kennzeichen der, durch den Anfang des Concursprocesses nothwendig begründeten gänzlichen Veränderung in dem Verhältnisse des Gemeinschuldners zu seinem Vermögen sey.

Dennoch bedarf es eines solchen Zeichens, wodurch dem Dritten, damit er sich vor ungiltigen Verträgen hüten könne, die Unfähigkeit des Gemeinschuldners, über sein bisheriges Vermögen zu verfügen, *kenntlich* wird (a). Es wird daher in solchen Fällen, wo die Edictalladung der Gläubiger dem Anfange des Concursprocesses vorausgeht, für polizeylich nothwendig gehalten werden müssen, daſs der Richter entweder sogleich mit der Edictalladung an Alle die Warnung ergehen lasse, sich *vor der Hand* mit dem Schuldner in keine Verträge oder andere auf das Vermögen desselben Bezug habende Ge-

(a) *Man sehe von Almendingen über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger.*

schäfte einzulassen (a), oder dafs er nachher es öffentlich bekannt machen lasse, dafs nun der wirkliche Concursprocefs erkannt worden seye.

§. 251.

Von dem Verfahren nach eröffnetem Concursprocesse, selbst.

Einrichtung dieser Abhandlung.

Alle in dem Concursprocesse, bis zu dem, die Vertheilung der Concursmasse bestimmenden Urtheile, vorkommenden Handlungen müssen, nach dem Zwecke dieses Verfahrens (§. 246. 250.), nothwendig entweder auf die Feststellung und Verwaltung der zu vertheilenden Vermögensmasse, oder auf die Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger an diese Masse gerichtet seyn. —

(a) *Dieser Schritt ist indessen sehr bedenklich, weil die, von ihm unzertrennliche Erzeugung des Mifstrauens leicht den, noch nicht vorhandenen Zustand der Insolvenz erzeugen kann, und nur, wo der Richter Gewifsheit hätte, dafs diefs nicht erfolgen könne, würde ich ihn erlauben.*

Es würde ohne Zweifel eine höchst unnöthige Verzögerung des Processes seyn, wenn der Richter für die Erreichung des einen dieser, für den Zweck des Verfahrens nothwendigen Mittel erst alsdann thätig seyn wollte, wenn er das andere schon in seinem ganzen Umfange erreicht hätte, — man kann daher mit Recht behaupten, daſs der Richter seine Thätigkeit zu gleicher Zeit nach den beyden angegebenen Richtungen hin erstrecken müsse; demohngeachtet aber wird es zweckmäſsiger seyn, in einer Theorie des Concursprocesses die einzelnen zur Feststellung und Verwaltung der Concursmasse nothwendigen Geschäfte in der Ordnung, wie diese unter sich auf einander folgen müssen, abgesondert von denjenigen zu betrachten, welche zur Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger vorgenommen werden müssen; denn die Ordnung, in welcher von Geschäften, welche auf diesen Zweck abzielen, zu Geschäften, welche auf jenen Zweck berechnet sind, übergangen werden muſs, ist nirgends bestimmt, und kann nirgends fest bestimmt werden, weil hier zu viel auf die, aus den Bestimmungen der einzelnen Fälle hervorgehende

Nothwendigkeit der mehreren oder minderen Beeiligung der einzelnen Geschäfte ankömmt. Gewifs wird auch der Richter, welcher sich der Mittel zu den Zwecken, die er erreichen soll, deutlich bewufst ist und es sich zur Pflicht macht, mit angestrengter Thätigkeit beyde Zwecke auf die möglichts geschwindeste Art, jedoch ohne Uebereilung, zu erreichen, nicht über diese bestimmtere Anordnung der einzelnen Handlungen in Verlegenheit kommen können.

Dafs einzelne, zu der Erreichung der angegebenen Zwecke nothwendige Handlungen manchmal als Präliminarhandlungen des Richters, *vor* wirklich erkanntem Concursprocesse vorkommen *können*, wurde schon oben bemerkt; allein darum wird dennoch von diesen hier gehandelt werden müssen.

I. *Von der Ausmittelung und Verwaltung der Concursmasse.*

§. 252.

Nothwendigkeit einer besonderen Rücksicht auf die Gröſse und Beschaffenheit des Vermögens des Schuldners zur Bestimmung der für den angegebenen Zweck nothwendigen Handlungen.

Der Schuldner soll von dem Augenblicke an, wo der förmliche Concursproceſs angefangen hat, alles Verfügungsrecht über sein bisheriges Vermögen verlieren und dieses Vermögen selbst soll zur rechtlichen Vertheilung unter die Gläubiger, als abgetreten betrachtet werden. Es ist deswegen nothwendig, daſs von diesem Augenblicke an, da das bloſse Veräuſserungsverbot, wenigstens in Ansehung der Mobilien, den Gläubigern nicht hinlängliche Versicherung verschaffen kann, das Vermögen dem Schuldner *wirklich* entzogen werde. Nun kann es aber doch nicht auf der Stelle den einzelnen Gläubigern übergeben werden, weil die Bestimmung des Antheils, welcher jedem von diesen gebührt, nur das Resultat des geendigten Concursprocesses seyn kann.

Es ist daher nothwendig, dafs von dem Richter Anstalten getroffen werden, damit nicht nur die einzelnen Vermögenstücke, zur Möglichkeit einer vollständigen Verzeichnung derselben, sicher verwahrt werden, sondern auch die ganze Vermögensmasse während der Zeit, wo weder dem Schuldner die Verwaltung derselben länger gelassen, noch auch dieselbe schon unter die einzelnen Gläubiger vertheilt werden kann, nicht ohne eine zweckmäfsige Verwaltung seye. Um zu diesen Zwecken die gehörigen Mittel zu wählen, mufs der Richter nothwendig die Gröfse und Beschaffenheit der Concursmasse erwägen, denn es läfst sich erwarten, dafs manches Mittel, welches bey einer beträchtlichen Masse als nothwendig erscheinen wird, bey einer minder beträchtlichen sehr unnütz, oft schädlich seyn müsse. — So wird die Bestellung eines besondern Verwalters der Masse (curatoris bonorum), bey einem beträchtlichen verschuldeten Vermögen, dessen Verwaltung Zeit und ökonomische Kenntnisse erfordert, nothwendig seyn, bey einem unbeträchtlichen Vermögen hingegen würde dadurch ohne allen Grund den Gläubigern ein Theil des Ihrigen entzogen

werden. Die Anwendung auf andere Handlungen wird sich eben so leicht machen lassen.

Es muſs daher, bey der folgenden Betrachtung der einzelnen, in dem Concursprocesse zu dem angegebenen Zwecke vorkommenden Handlungen, nicht vergessen werden, daſs eine beträchtliche Concursmasse vorausgesetzt wird, und daſs daher der Richter bey minder beträchtlichen Concursen nicht an Handlungen gebunden ist, von welchen bey diesen Umständen kein Nutzen nachgezeigt werden kann.

§. 253.

Versiegelung des Vermögens des Schuldners.

Da bey einem einigermaſsen beträchtlichen Vermögen unmöglich sogleich alle Mobilien, zur Verfertigung eines vollständigen Verzeichnisses, aus der Wohnung des Schuldners genommen, und an einem dritten Orte verwahrt werden können, so muſs hier durch ein anderes Mittel dafür gesorgt werden, daſs weder durch die Handlungen des Schuldners, noch durch sonst irgend jemand etwas abhanden kommen könne. Ein solches Mittel, wodurch die Mobilien des Schuldners, selbst in

der Wohnung desselben, in gerichtliche Verwahrung gebracht werden können, ist die *Versiegelung* (obsignatio judicialis). Diese geschieht, indem der Richter (oder die Gerichtsdeputation, welche hierzu den Auftrag erhalten hat) alle Mobilien, in Ansehung welcher dieses geschehen kann, in Stuben oder Kammern, oder, wo keine solche entbehrt werden können, in andre wohlverwahrte Behältnisse bringen läfst, und nun an diese Aufbewahrungsorte, so wie an die gröfseren Mobilien, welche zu den übrigen nicht gebracht werden konnten, auf eine solche Art die gerichtlichen Siegel anlegt, dafs eine Benutzung irgend eines dieser Vermögensstücke nicht ohne Verletzung der Siegel geschehen kann. — Der Richter mufs bey diesem Acte mit der gröfsten Sorgfalt zu Werke gehen, damit kein Schaden für die Concursmasse entstehen könne. Er mufs daher 1.) von dem Schuldner sowohl und seinen Angehörigen als auch den übrigen Hausgenossen eine genauere Anzeige von allem, was zu der Masse gehört, so wie sie dieselbe eidlich zu erhärten gedächten, verlangen. Er darf 2.) dem Schuldner und den Seinigen, ausser den unentbehrlichen

Kleidungsstücken und Nahrungsmitteln auf einige Tage, nur alsdann einiges Hausgeräthe zum Gebrauche überlassen, wenn eine genügende Caution durch Bürgen auf der Stelle geleistet werden kann. Er muſs ferner 3.) diejenigen Vermögensstücke, welche nicht versiegelt werden dürfen (z. B. das Vieh), bestimmt aufzeichnen, und die nothwendigen Anstalten treffen, daſs diese Vermögensstücke der Masse erhalten werden, und eben so 4.) nicht nur überhaupt dafür besorgt seyn, daſs die, bis zur Entsiegelung mangelnde Aufsicht in keiner Rücksicht einen Nachtheil bringen könne, sondern auch in Ansehung solcher Sachen, welche in kurzer Zeit verderben und eben darum vielleicht noch eher, als die übrigen veräuſsert werden müssen, die Veranstaltung treffen, daſs dieselben sogleich aufgezeichnet und an einen besonderen Ort, zur Vermeidung von Unordnungen, zusammengestellt werden. In Ansehung der Baarschaften und auf das Vermögen Bezug habenden Papiere wird der Richter sicherer handeln, wenn er dieselben (letztere in versiegelten Päckchen) zur Verwahrung in dem Gerichte mitnehmen läſst. — Ein genaues, über den ganzen Act zu fertigendes Protocoll muſs den

vollständigen Beweis der, in jeder Rücksicht angewendeten richterlichen Sorgfalt enthalten.

§. 254.

Bestellung eines Verwalters der Masse.

Da von dem Augenblicke an, wo das Vermögen des Gemeinschuldners in gerichtliche Verwahrung kömmt, auch für die Verwaltung desselben von dem Gerichte gesorgt werden mufs (§. 252.), diese Verwaltung aber nicht selten von der Art ist, dafs sie von dem Gerichte nicht füglich unternommen werden kann, so mufs nun der Richter sogleich für die Bestellung eines Verwalters (curatoris bonorum) (a) besorgt seyn, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, für jeden, durch den Mangel einer zweckgemäfsen Verwaltung, der Masse gestifteten Schaden unmittelbar von den Gläubigern in Anspruch genommen zu werden.

Da die zu verwaltende Concursmasse als eventuelles Eigenthum der einzelnen Gläubiger zu betrachten ist, so ist *rathsam* für den

(a) *Manchmal auch mehrerer, wenn, der Beschaffenheit des Vermögens nach, einer nicht genüget.*

Richter, über die Person des zu bestellenden Güterpflegers die Gläubiger zu hören, und wenn diese irgend ein tüchtiges (a) Subject vorschlagen, diesem die Verwaltung der Masse, nach bestellter genügender Caution durch Bürgen oder Pfänder, vermöge eines darüber auszufertigenden Curatoriums (b), zu übertragen, und denselben deshalb zu beeidigen. Weil aber nicht immer zu der Zeit, wo die Bestellungen des Güterpflegers nothwendig wird, schon alle Gläubiger gehört werden können, so kann jene Rücksicht den Richter nicht hindern, wenigstens durch die Bestellung eines interimistischen Güterpflegers, für die Sicherheit der Masse zu sorgen.

Die Pflichten des Verwalters der Concursmasse sind übrigens vollkommen dieselben, welche jedem gerichtlich bestellten Verwalter eines fremden Vermögens obliegen

(a) *Ein solches kann der Gemeinschuldner selbst nicht seyn.*

(b) *Statt eines förmlichen curatorii pflegt häufig ein bloſser Auszug des, über die Bestellung gefertigten Protocolls, dem Güterpfleger eingehändigt zu werden.*

(a); und es ist wohl zu merken, dafs auch in solchen Fällen, wo das Gericht keinen besonderen Verwalter bestellt, die Grenzen der Verantwortlichkeit des Gerichtes einzig und allein aus dieser Quelle abgeleitet und keineswegs mit den Grenzen der Verantwortlichkeit eines blofsen Depositärs für identisch betrachtet werden können (b).

§. 255.

Berichtigung der Concursmasse.

Sobald das Vermögen des Schuldners unter gerichtliche Verwaltung gekommen, und, wo es nöthig ist, für die Verwaltung desselben gesorgt worden ist, (c), — mufs es nun als das dringendste Geschäfte betrachtet werden, durch eine genaue Aufzeichnung aller einzelnen Vermögensstücke, deren Inbegriff die Concursmasse bildet, die Stärke des zu

(a) *Man sehe Happel a. a. O. Abschn. 3.*

(b) *Gönner Erörter. n. XLIV.*

(c) *Zu dieser Verwaltung gehört auch die Sorge für die alsbaldige Versteigerung derjenigen Vermögensstücke, welche, ohne Gefahr des Verlustes, nicht bis zu der Versteigerung der übrigen aufbewahrt werden können.*

verwaltenden und unter die Gläubiger zu vertheilenden Vermögens mit der gröſsten Bestimmheit auszumitteln (a). Daſs zu diesem Ende, wenn die in der Wohnung des Schuldners unter den gerichtlichen Siegel befindlichen Mobilien aufgezeichnet werden sollen, diese Siegel, nach vorheriger Anerkennung der Unverleztheit, abgenommen und bey der jedesmaligen Entfernung des Richters (oder der Gerichtsdeputation) aus der Wohnung des Schuldners wieder angelegt werden müssen, bedarf kaum einer Erwähnung. Eben so ergiebt es sich aus dem Zwecke dieses Verzeichnisses, daſs vor der Verfertigung desselben alle zu der Masse gehörende Stücke, welche sich etwa in fremden Händen befinden sollten, sorgfältig durch zweckdienliche Mittel eingetrieben, alles zu der Masse nicht gehörende hingegen, was sich in den Händen des Schuldners befinden sollte, von derselben abgesondert werden müsse. (b) — Es ver-

(a) *Die Einrichtung des Inventariums wird in einer Theorie des Verfahrens in Fällen der freywilligen Gerichtsbarkeit gelehrt.*

(b) *Wo dieses zweifelhaft bleibt, wird das in den Händen des Schuldners befindliche Vermö-*

steht sich, dafs, wenn ein Verwalter der Masse schon bestellt worden ist, dieser durch genaue Nachforschungen nach dem eigentlichen Zustande des Vermögens des Schuldners, für die genaue Ausmittelung der Concursmasse mit angestrengter Thätigkeit besorgt seyn müsse.

§. 256.

Veräufserung des, nicht in baarem Gelde bestehenden Vermögens des Schuldners.

Nach der Verfertigung des Güterverzeichnisses wird zu der Veräufserung aller, nicht in baarem Gelde bestehenden Vermögensstücke des Schuldners, über welche diesem die freye Disposition zugestanden hatte, geschritten, welches nicht nur zur Vermeidung drückender Administrationskosten für nützlich, sondern auch, zur Möglichkeit einer richtigen Vertheilung der Masse unter die Gläubiger, für nothwendig gehalten werden mufs. — Diese Veräufserung mufs nothwendig eine öffentliche, unter gerichtlichem Ansehen zu vollziehende (Auction oder Subha-

gensstück am besten in das Inventarium eingetragen und der vorhandene Zweifel dabey bemerkt.

station) seyn, in so ferne nicht durch den übereinstimmenden Willen der Gläubiger selbst der Verkauf einzelner Stücke aus der Hand vorgezogen wird. Ueber den Act der Versteigerung muſs in dem, zu derselben angesetzten Termine ein Protocoll, nach der Ordnung des Güterverzeichnisses, geführt werden. Güter, welche nicht bis auf den taxirten Werth gesteigert werden, werden, ohne Einwilligung der Gläubiger, nicht zugeschlagen, sondern, wenn die Gläubiger kein anderes Auskunftmittel wählen, bey der Vertheilung einem der Gläubiger (in der Regel demjenigen, welchem sie verpfändet sind), gegen den taxirten Werth zugerechnet. Das Geld, welches für die veräuſserten Güter einkommt, wird gerichtlich niedergelegt, in so ferne nicht die Beschaffenheit des Concursprocesses eine Verwaltung desselben zum Nutzen der Masse, bis zu der vielleicht noch weit entfernten Beendigung des Verfahrens, nothwendig macht.

II. Von der Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger.

§. 257.

Ladung der Gläubiger.

Damit die Concursmasse unter alle diejenigen, welche an dieselbe gegründete Ansprüche haben, nach der Ordnung, welche die Qualität dieser Ansprüche, den Gesetzen gemäfs, bestimmt, vertheilt werden könne; ist es unumgänglich nothwendig, zu wissen, nicht nur wer Ansprüche an die Masse erweisen könne, sondern auch von welcher Beschaffenheit diese Ansprüche seyen. Es mufs daher nothwendig ein Verfahren eingeleitet werden, welches allen Gläubigern des Gemeinschuldners Gelegenheit giebt, ihre gegründeten Forderungen (*) an die Masse zu erweisen (liquidiren). Dieses geschieht, indem die Gläubiger zu diesem Ende auf einen bestimmten

(*) *Ich sage rechtliche* F o r d e r u n g e n, *oder* A n s p r ü c h e; *denn nicht blofs diejenigen, welche dem Schuldner vorgeschossen haben, sind Theilhaber an der Masse.*

Termin (a) vorgeladen werden. An die *bekannten* Gläubiger (b) muſs deshalb eine Privatladung (von welcher jedoch an alle an *einem* Orte befindlichen nur *ein* Exemplar ausgefertigt und durch Umlauf mitgetheilt wird) erlassen werden. Weil man aber nicht wissen kann, ob diese bekannten Gläubiger *alle* Gläubiger seyen, so bleibt nichts übrig, als auch eine *öffentliche* Ladung, (§. 128.) auf die, nach den Umständen, zweckgemässeste Art, bekannt zu machen. In beyden Ladungen muſs derselbe Termin (nach den Umständen bald kürzer bald weiter) anberaumt, in beyden muſs die Ursache der Ladung (c) und

(a) *Eine Frist, binnen welcher die Gläubiger sich melden sollen, anzusetzen, ist sehr schädlich.*

(b) *D. h. an diejenigen, welche der Schuldner selbst schon angegeben hat, oder welche schon als Kläger gegen denselben aufgetreten sind.*

(c) *Wird darum die Edictalladung vor erkanntem Concursprocesse, als eine Präliminarhandlung erlassen, so muſs diese Ursache ebenfalls ausgedruckt werden. Es ist aber um eine nachherige Wiederholung der Edictalladung zu ersparen, rathsam, alsdann zugleich zu erklären: daſs, wenn das Vermögen unzulänglich würde befunden werden, alsdann ohne eine weitere Edictalladung der Concursproceſs*

der Zweck derselben (a) bestimmt angegeben, in beyden endlich den Nichterscheinenden angedroht werden, dafs sie von der Masse ausgeschlossen werden würden (b).

würde erkannt und die Nichterschienenen von der Masse ausgeschlossen werden. Nur mufs alsdann aus dieser vorläufigen Erklärung nicht eine zu schädliche Katastrophe für die Verhältnisse des Schuldners, wenn derselbe noch nicht concursmäfsig seyn sollte, zu befürchten seyn.

(a) *Man darf hierbey nicht zu kurz seyn, sondern namentlich angeben: dafs jeder die Urkunden, oder andere Beweismittel zugleich anzuzeigen und vorzulegen bereit seyn, etwa auch: sich auf Vergleichsvorschläge gefafst machen solle u. s. w.*

Für die auswärtigen ist anzumerken, dafs sie den etwa zu schickenden Bevollmächtigten mit ordnungsmäfsigen Vollmachten versehen müfsten.

(b) *Die Androhung: unter Vermeidung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder: dafs dem Nichterscheinenden ewiges Stillschweigen aufgelegt werden würde, ist lächerlich.*

§. 258.

Bestellung eines Contradictors.

Da mit dem erkannten Concursprocesse dem Gemeinschuldner nothwendig das Recht, über sein bisheriges, izt die Concursmasse bildendes Vermögen nach Belieben zu verfügen, entzogen wird, und mithin, der im §. 78. vorgetragenen Regel entgegen, nur solche Ansprüche der Gläubiger an die Concursmasse von dem Richter berücksichtigt werden dürfen, von deren Rechtlichkeit ihm auf einem anderen Wege, als durch das *bloſse* Zugeben des Schuldners *nach* ausgebrochenem Concursprocesse, (*) juridische Ueberzeugung verschaft werden kann, da ferner der seines Vermögens entsetzte Gemeinschuldner nicht einmal gerichtlich zur Vertheidigung gegen die an die Concursmasse gebildeten Ansprüche der Gläubiger auftreten *darf* (a); — so folgt, daſs entweder der Richter von Amtswegen für die Aufrechthaltung der Gerechtsame, welche dem Gemeinschuldner gegen die, ihn in Anspruch nehmenden

(*) *Eine Ausnahme dürften solche kleine Forderungen machen, in Ansehung welcher in dem gemeinen Leben sich der Gläubiger keine besondere Beweismittel zu verschaffen vermag.*

(a) *IV.* 8. *fr.* 17. *XXVIII.* 8. *fr.* 7. §. 2.

Gläubiger zugestanden haben würden, thätig seyn, oder zu diesem Geschäfte einem anderen tüchtigen Manne den Auftrag ertheilen müsse. Das erstere kann andrer abrathenden Gründe nicht zu gedenken, bey einer einigermafsen beträchtlichen Concursmasse nicht leicht geschehen; — mithin wird in der Regel zu dem letzteren geschritten werden müssen. Eine zu diesem Zwecke von dem Richter (a) bestimmte Person (b), welcher die Curatel in Ansehung der, durch das Anbringen der Forderungen der Gläubiger entstehenden Rechtsstreitigkeiten übertragen wird, pflegt mit dem Namen des *Contradictors* bezeichnet zu werden. Der Richter ist bey der Uebertragung dieses Amtes, weder an die Vorschläge des Gemeinschuldners, noch an die der Gläubiger *gebunden*, nur mufs er einen tüchtigen Mann wählen, welches nicht leicht einer der Gläubiger, wohl aber der Verwalter der Concursmasse seyn *kann.* (*) Sehr räth-

(a) *Gewöhnlich nach vorhergegangener Vereidigung.*

(b) *Nach Umständen können auch wohl mehrere Curatoren erfordert werden. Daher der Unterschied in General- und Special- Contradictoren.*

(*) *Nöthige Rücksichten hierbey.*

lich ist es, die Wahl nicht zu lange zu verschieben, damit der Gewählte noch vor dem Liquidationstermine, durch die Untersuchung der Papiere des Gemeinschuldners und auf andern denkbaren Wegen, genaue Erkundigungen einziehen, und dadurch sich in den Stand setzen könne, seine Obliegenheiten in ihrem ganzen Umfange zu erfüllen.

§. 259.

Liquidationstermin. Liquidation der Forderungen.

In dem angesetzten Liquidationstermine selbst, bringen die erschienenen Gläubiger ihre Forderungen, in der Form von Implorationen (§. 250.), entweder schriftlich vor, oder geben dieselbe (was das gewöhnlichste ist) zu Protocoll (a). Die Richtigkeit einer jeden dieser Forderungen in ihrem ganzen Umfange ist, von diesem Augenblicke an, der Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung zwischen dem Fordernden und dem Contradictor. So viele einzelne Forderungen, so viele einzelne Rechtsstreitigkeiten, welche aber, aus

(a) *Am besten wird über jede einzelne angebrachte Forderung ein besonderes Protocoll entworfen.*

dem im §. 223 angegebenen Grunde, alle nach den allgemeinen (a) Regeln des summarischen Processes behandelt werden müssen. Vor dem erkannten Concursprocesse schon anhängige Rechtsstreitigkeiten zwischen den Gläubigern und dem Schuldner werden nun (§. 247.) zwischen jenen und dem Contradictor in dem Zustande fortgesetzt, in welchem sie sich zur Zeit des eröffneten Concursprocesses befanden; nur mufs die Procefsart, nach welcher sie bisher verhandelt wurden, in so ferne dieselbe mit dem Concursprocesse nicht verträglich ist, eine Abänderung leiden.

In Ansehung aller derjenigen Gläubiger, welche, der Ladung ohnerachtet, in dem angesetzten Liquidationstermine nicht erschienen sind, mufs die in der Ladung geschehene Drohung in Erfüllung gebracht, und dieselben, durch ein, von dem Richter zu erlassendes Präclusivdecret, mit ihren Forderun-

(a) *Denn die Natur des Concursprocesses schliefst die besondern summarischen Procefsarten aus. Doch lassen sich wohl bestimmte interimistische Verfügungen des Richters auch in dem Concursprocesse rechtfertigen.*

gen an *die Concursmasse* ausgeschlossen werden. (a) Es gehört zu den Pflichten des Contradictors, die Erlassung dieses Decrets von dem Richter in dem Liquidationstermine zu verlangen. (*)

§. 260.

Prioritätsverfahren.

Die erwiesenen Forderungen der Gläubiger an die Concursmasse sollen aus dieser nach der Ordnung befriedigt werden, welche die Gesetze denselben anweisen. Damit der Richter diese Ordnung bestimmen könne, genügt es nicht die Forderungen selbst zu erweisen, sondern es müssen auch die, nicht immer in der Natur der Forderungen an und

(a) *Gegen dieses kann aber natürlicher Weise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finden.*

(*) *Von den Vortheilen, welche es gewähren kann, wenn der Richter in dem Liquidationstermine die Gläubiger zur Ernennung eines engeren Ausschusses veranlaſst.*

(**) *Von der nothwendigen Aufsicht des Richters über den Contradictor — und den besten Mitteln, denselben von Verzögerungen des Verfahrens zurückzuhalten.*

für sich liegenden Gründe, um welcher willen die Gesetze derselben den Vorzug vor anderen ertheilen, entwickelt werden. Da die, hierzu von den Gläubigern vorzubringenden Angaben eben so gut Gegenstand eines Beweises seyn können, wie diejenigen, von welchen die Richtigkeit der Forderungen abhängt, so mufs ein Verfahren über die Priorität nicht minder nothwendig, wie ein Verfahren über die Liquidität, erscheinen.

Dieses Verfahren wird am besten dadurch eingeleitet, dafs man nach dem Liquidationstermine (a), sämmtliche Gläubiger welche sich gemeldet haben, durch eine Currentcitation, auf einen bestimmten Termin peremtorisch vorladet, um ihre allenfallsigen Anträge in Ansehung eines zu verlangenden Vorzugsrechtes anzubringen.

Ueber diese Anträge findet alsdann zwischen demjenigen, welcher sie macht und

(a) *Es ist nicht rathsam, das Prioritätsverfahren gleich in dem Liquidationstermine einleiten zu wollen, denn erst durch diesen Termin kann jeder erfahren, vor welchem er den Vorzug verlangen könne.*

denjenigen (a), vor welchen derselbe den Vorzug verlangt, falls diese das verlangte Vorzugsrecht bestreiten wollen, ein, nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes einzurichtendes Verfahren Statt, nach dessen Beendigung dann die Sache zum Spruche instruirt erscheint.

III. *Von dem entscheidenden richterlichen Urtheile und der Vollstreckung desselben.*

§. 261.

Von dem Locationsurtheile.

Sobald alle in dem Concursverfahren vorkommende einzelne Rechtsstreitigkeiten (§. 259. 260.), so weit gediehen sind, daſs wenigstens ein bedingtes endliches Erkenntniſs (b) möglich ist, so muſs nun der Richter

(a) *Prioritätsstreitigkeiten gehen immer nur einzelne, nicht alle an. Darum ist der, ehemals von mir selbst gebilligte Vorschlag, dem Contradictor das Verfahren gegen die, ein Vorzugsrecht verlangenden ex officio aufzutragen, nicht zweckmäſsig. In Ansehung des Erkenntnisses über den Kostenpunkt zeigt sich dieſs vorzüglich wichtig.*

(b) *Hierunter ist vorzüglich ein endliches Erkenntniſs unter der Bedingung einer vorherigen*

ohne Verzug dazu schreiten, über jede in dem Concursprocesse vorkommende Frage in *einem* Urtheile seine Entscheidung bekannt zu machen. Die beste Einrichtung dieses Urtheils scheint diese zu seyn: 1.) Zuerst werden die Verfügungen, welche in Ansehung des Ganges des Concursprocesses z. B. zur Sicherung der Concursmasse u. d. gl. nothwendig seyn sollten, angegeben. 2.) Hierauf wird bestimmt, was von der, unter die Gläubiger zu vertheilenden Masse vor allen Dingen abgesondert werden müsse, wohin a.) die Forderungen derjenigen, welchen ein Absonderungsrecht zusteht, und b.) die zum Besten des Ganzen entstandenen Kosten gehören. Endlich 3.) werden die einzelnen Gläubiger der ihren Forderungen zustehenden Priorität gemäfs, nach fortlaufenden Num-

Ableistung des Erfüllungseides zu verstehen, es können indessen in dem Locationsurtheile auch Bescheinigungen von einzelnen Umständen zur Bedingung des endlichen Erkenntnisses gemacht werden, was in andern Verfahren nicht geschieht, hier aber darum öffters geschehen mufs, weil es unzweckmäfsig seyn würde, die Location aller übrigen Gläubiger länger aufzuschieben, weil vielleicht einer, oder einige noch ein paar Beweishandlungen vorzunehmen haben.

mern (a) mehrere gleich bevorzugte unter derselben Nummer (b) aufgeführt, und dadurch die Ordnung bestimmt, in welcher dieselben ihre Befriedigung aus der Masse verlangen können. Von diesem wichtigsten Theile des Urtheils erhält dasselbe die Benennungen: *Locations - Prioritäts - Classifications - Collocations - Designationsurtheil.* Kann die einem Gläubiger angewiesene Stelle demselben nur bedingt zuerkannt werden, so muſs diese Bedingung nothwendig zugleich angegeben werden, auſserdem aber enthält die *bloſse* Stellung der Gläubiger immer die bestimmteste Entscheidung sowohl über die Liquidität als auch die Priorität ihrer Forderungen. Den Schluſs macht das Erkenntniſs über diejenigen Kosten, welche nicht von der Concursmasse bestritten werden müssen. (c)

(a) *Gewöhnlich werden die einzelnen Classen nicht namentlich angegeben, wiewohl die Location strenge nach denselben eingerichtet werden muſs.*

(b) *Dieses gilt von der fünften Classe durchaus.*

(c) *Dahin gehören vorzüglich die Kosten der Prioritätsstreitigkeiten, in so ferne diese nicht mit den chirographarischen Gläubigern geführt worden sind. Die Liquidationskosten aber*

Das Locationsurtheil wird, wie jedes andere in dem dazu angesetzten Termine eröffnet. Es kann auch gegen dasselbe, wie gegen jedes andere Urtheil, eines der von den Gesetzen anerkannten Rechtsmittel, sowohl von dem Contradictor, als auch von den Gläubigern, welche sich für beschwert halten, ergriffen werden: wodurch jedoch der weitere Fortgang des Verfahrens nach Mafsgabe des Locationsurtheils, in Ansehung der, durch das eingewendete Rechtsmittel nicht angegriffenen Punkte, keineswegs aufgehalten werden kann.

§. 262.

Von der Erleichterung der Arbeit des Richters durch eine zweckgemäfse Anordnung der Acten.

Bey weitläufigen Concursacten ist es öfters keine leichte Arbeit, ein durchaus richtiges Locationsurtheil zu entwerfen, wenn der Concursrichter nicht durch eine zweckgemäfse Anordnung der Acten für die Erleichterung der Arbeit des Urtheilsverfassers besorgt gewesen ist. Es bleibt alsdann dem Urtheilsver-

können, wenn die Universalität des Concursprocesses nicht Ungerechtigkeit werden soll, nicht mit jenen aus demselben Gesichtspunkte betrachtet werden.

fasser nichts übrig, als durch künstliche, auf die Separationsmethode (a) berechnete Privatextracte (§. 151. 152.) sich in den Acten gehörig zu orientiren und dadurch die nothwendige Ordnung in seine Kenntniſs der nicht geordneten Acten zu bringen. — Sind hingegen die Concursacten selbst zweckmäſsig geordnet, so kann die Verfertigung eines Locationsurtheils zwar wohl als eine zusammengesetztere, aber keineswegs als eine schwerere Arbeit, wie die eines jeden andern Urtheils, betrachtet werden. Die zweckgemäſseste, jedoch immer nur *in concreto* zu beurtheilende Art der Anordnung der Concursacten scheint mir diese zu seyn: daſs man über alle die verschiedenartigen, in dem Concursprocesse vorkommenden Haupthandlungen (z. B. die Constituirung der Concursmasse, die Bestellung der Administratoren und Contradictores, die Veräuſserung der Masse, die Vorladung der Gläubiger, die Liquidation der Forderungen u. s. w.) besondere, gehörig rubricirte und mit fortlaufenden Nummern bezeichnete Actenbunde

(a) *Von den zu separirenden Punkten bey Relationen aus Concursacten.*

fertigt, in dem für die Liquidation der Forderungen bestimmten Actenbunde aber wieder so viele einzelne besondere, gehörig rubricirte und mit der Nummer des Liquidationsactenbundes und fortlaufenden Buchstaben bezeichnete Specialactenbunde macht, als einzelne Forderungen liquidirt werden (a); für den Zusammenhang und die Uebersicht des Ganzen aber, durch ein vollständiges Generalprotocoll, welches die chronologische Folge der einzelnen Stücke in den Specialactenbunden nachzeigt, besorgt ist.

§. 263.

Von dem Distributionsbescheide und der Beendigung des Concursprocesses.

Sobald das Locationsurtheil durchaus in Rechtskraft übergegangen, und alles, was nach demselben vor der Vertheilung der Concursmasse unter die Gläubiger geschehen sollte, wirklich geschehen ist, so steht nun nichts mehr im Wege, um durch die wirkliche Vertheilung der Masse den Concurspro-

(a) *Kraft, praktische Anmerkungen über den Concursprocefs. Erl.* 1786. *S.* 320 *folg. Martin in seinem Magazine für den Procefs H. I. n.* 3.

ceſs zu beendigen (a). Der Richter entwirft nun deshalb ein *Schema* für diese Vertheilung, worin er genau den ganzen Betrag der Concursmasse angiebt, und berechnet, welchen Gläubigern und in wie ferne denselben, nach Anleitung des Locationsurtheils, aus dieser Masse die Zahlung zu leisten seyen. Dieses Schema ist es, welches man mit dem Namen des *Distributionsbescheides* bezeichnet, obgleich dasselbe keineswegs als ein richterliches Erkenntniſs betrachtet werden kann (b). — Zugleich muſs ein Termin zur wirklichen Auszahlung der Gelder angesetzt und eine Ladung auf diesen Termin sämmtlichen Gläubigern nebst dem Distributionsbescheide eingehändigt werden. In Ansehung derjenigen Gläubiger, welche, nach dem Distributionsbescheide, wirklich Zahlungen zu erhalten

haben,

(a) *Vorher geschieht in der Regel keine Zahlung, wenn es nicht ausser allem Zweifel beruht, daſs der, schon izt Zahlung verlangende Gläubiger gewiſs werde befriedigt werden.*

(b) *Deswegen kann auch kein Rechtsmittel gegen diese Berechnung ergriffen, und die Fehler derselben können zu jeder Zeit noch verbessert werden.*

haben, mufs diese Ladung zugleich die Auflage enthalten, in eigener Person oder durch einen besonders Bevollmächtigten zu erscheinen, um gegen Auslieferung der Originalurkunden über ihre Forderungen und gehörige Quittirung, das ihnen gebührende Geld in Empfang zu nehmen (a). In dem angesetzten Termine geschieht nun die Zahlung selbst nach der in dem Locationsurtheile und dem Distributionsbescheide bestimmten Ordnung, worauf jeder Bezahlte entweder unter der Originalurkunde, oder zum Protocolle eigenhändig quittiret.

(a) *In dieser Ladung auf den Fall des Nichterscheinens die Präclusion von der Masse anzudrohen, scheint mir ein Verkennen der richterlichen Befugnisse zu seyn.*

REGISTER.

Abläugnung der Urkunden §. 89.
Absonderung in Relationen §. 152.
Abschriften. Was sie beweisen §. 89.
Academiker deren Gerichtsstand §. 43. 44.
Acceptation des Eides §. 91.
Acten §. 5.
— — Ordnung und Vollständigkeit derselben §. 125.
— — Versendung §. 163.
— — Beschlufs §. 183.
Actuar. Nothwendigkeit §. 27. 28.
— — Oeffentlicher Glauben desselben §. 33.
Adcitation. §. 57. 160.
Adhäsion §. 211.
Advocaten §. 66. folg.
Anwalt §. 59 - 65.
Appellation. Wo sie Statt findet? §. 213.
— — — Wirkungen derselben §. 214.
— — — Processe. §. 210.
Apostel §. 210 c.
Armenrecht §. 58 b.
Arrest §. 239.
— — Gerichtsstand desselben §. 41.
— — Procefs §. 240 folg.
Attentate §. 208 b.
Augenschein. Ob er Beweismittel sey §. 80 b.
— — — Natur desselben §. 85.
— — — Verfahren §. 181. 194.

Beklagter §. 57.
Berichte §. 154.
Bescheinigung §. 229.
Beschwerden gegen den Richter §. 100. 101.

Beschwerden gegen Sentenzen. §. 209.
Besitz - Procefs §. 238.
Beweis. Begriff desselben §. 80.
— — Mittel §. 84.
— — Interlocut §. 186.
— — Verfahren §. 188 - 207.
— — Artikel §. 190.
— — Antretung. §. 188.
— — — — — Folgen derselben §. 191.
— — Collision der Beweise §. 205.
— — zum ewigen Gedächtnisse §. 164.
— — im summarischen Processe §. 229.

Cautionen §. 157.
Classificationsurtheil §. 261.
Collegia §. 28.
Collision der Beweise §. 205.
— — der Rechtsmittel §. 28.
Commissionen 137.
Communicativ - Schreiben §. 53 b.
Competenz des Richters §. 34 - 53.
— — — Prüfung derselben §. 123. 169.
Concurs - Procefs §. 246 folg.
— — Masse §. 252.
Contradictor §. 258.
Connexion der Sachen §. 42 a.
Contumacial - Verfahren §. 78. 130. 175. 179. 182. 196. 200.
Cumulation der Klagen §. 167.
— — — der Rechtsmittel §. 209 a.
Curator der Concursmasse. §. 254.

Decret. Begriff und Unterschied von Sentenz §. 98. 100.
— — Abfassung desselben §. 138 folg.

Deductionen. Regeln für deren Abfassung §. 113. 120.
Devolutiv - Effect §. 208.
Difession §. 89.
Disputirsätze §. 203.
Distributionsbescheid §. 263.
Duplik §. 181.

Edition der Urkunden §. 198.
Ehehaften §. 130.
Eid. Beweiseide. Begriff und Folgen §. 90-95.
— — — — Verfahren dabey §. 199.
—— für Gefährde §. 69.
—— vom Glauben §. 94.
—— Erfüllungs, Reinigungseid §. 93.
Eingeständnisse §. 82.
Einlassung §. 82 a. 170. 173.
— — — Prüfung derselben §. 176.
Einreden §. 79. 170.
— — — zerstörliche. §. 172.
— — — verzögerliche §. 171.
— — — procefshindernde §. 245.
— — — in wie fern sie ein Eingeständnifs der Klage enthalten. §. 174.
— — — gegen die Beweisantretung §. 193.
— — — der Sub - und Obreption §. 234.
— — — der unrecht gewählten Procefsart §. 100.
Einführung der Rechtsmittel §. 207. 209 a.
Einwendung der Rechtsmittel §. 207. 209 a.
Entsagung auf Rechtsmittel §. 212 b.
Entscheidungsgründe §. 149.
Erfüllungseid §. 93.
Erkenntnifs s. *Sentenz.*
Erläuterung des Urtheils §. 101 a. 210 a.

Eröffnung des Urtheils §. 135. 230.
— — — des Rotulus. §. 202.
Execution der Sentenzen §. 136.
Executiv - Proceſs §. 242. 243.

Formalitäten des Processes. Was ihre Versäumung wirke? §. 76.
Fragstücke §. 133. 190.
Fristen §. 78. 126. 127 a.
Fristerstreckungen 127 b.

Geburtsort §. 37.
Gegenbeweis §. 96. 97. 187.
Geistliche Gerichtsstand §. 43. 44.
— — — In wie ferne sie prorogiren können? §. 49.
Gerichtsstände §. 36 - 52.
Gesandte. Gerichtsstand derselben §. 43.
Geschichtserzählung bey Deductionen §. 116.
— — — — bey Relationen §. 145.
Gesinde. Gerichtsstand desselben §. 43 not. d.
Geständnisse s. *Eingeständnisse.*
Gewissensvertretung durch Beweis §. 91.
— — — — Verfahren dabey §. 199.
Gläubiger. Vorladung derselben 257.
Güte. Versuch derselben §. 124.

Impugnationsschrift §. 203.
Incidentsachen §. 73.
Inhaesiv - Bescheide §. 99.
Inrotulation §. 163.
Insinuation der Decrete §. 128.
— — — in vim publicati §. 230.
Instanz §. 35.
Instrumente guarentigiirte §. 243.
— — — s. übr. *Urkunden.*

Intervenienten §. 57.
Interventionen §. 57.
— — — Verfahren dabey §. 158.
Inventarisation §. 255.

Kläger §. 57.
Klaglibell. Abfassung desselben §. 165-167.
— — — Abänderung und Verbesserung desselben §. 168.
— — — Prüfung desselben §. 169.
Kosten des Processes §. 58 a.
Kunstverständige §. 80 b. 85. 181. 194.

Ladungen §. 79. 126.
Legitimation zur Sache §. 56.
— — — zum Processe §. 62.
Liquide Beweise s. *Executivproceſs*
Liquidationstermin §. 259.
Litiscontestatio s. *Einlassung*
Litis - Consorten §. 57.
— — Denunciatio §. 57.
— — — — Verfahren dabey §. 159.
— — Reassumtion §. 161.
— — Pendenz §. 55.

Mandatsproceſs §. 231 - 235.
Mitleidswürdige Personen §. 45.
Moratorische Verträge §. 249.

Nachlaſsverträge §. 249.
Nichtigkeitsklage §. 101 b. 218.
— — — — Verfahren dabey §. 219.
Nothfristen §. 127 a. 207.
Notoria. In wie ferne sie bewiesen werden müssen? §. 82 b.

Ordinationen §. 256.

Parthieen §. 54. 55.
— — — Rechtsverhältniſs derselben §. 58 a.
Perhorrescenz - Eid §. 32.
Polizey - Sachen. Unterschied derselben
— — — — von Justizsachen §. 71.
Positionen §. 178 b.
Prävention §. 52.
Productions - Termin §. 188. 194.
— — — Verfahren §. 189. - 193.
Proceſs - Eintheilungen §. 76. 77.
Prorogation der Gerichtsbarkeit §. 49. 50.
Protocolle. Glauben derselben §. 53.
— — — Abfassung derselben §. 152.
Provisoria §. 237.

Reassumtio litis §. 161.
Rechtfertigung der Rechtsmittel §. 209 b.
— — — des Arrestes §. 241.
Rechtskraft §. 99.
Rechtsmittel gegen Sentenzen §. 99 folg.
— — — Verfahren dabey §. 207 folg.
Recognition der Urkunden §. 89.
Reconvention s. *Wiederklage*
Recusation des Richters §. 32.
Regierungssachen §. 71.
Reinigungseid §. 95.
Relationen §. 142 folg.
Relevanzbescheid §. 210 a.
Replik §. 177. 178.
— — Prüfung derselben §. 180.
Requisitionen §. 128.
Revision §. 216. 217.
Richter. Fähigkeit desselben §. 29. 30.
— — Verdachtsgründe gegen denselben §. 31.
Rotulus §. 124. 202.

Salvationsschrift §. 203.
Schwörungstermin §. 206.
Sicherheitsleistung §. 157.
Suspensiv – Effect der Rechtsmittel §. 208 a.

Tagefahrt. Termin s. Frist.
Triplik §. 184.

Ungehorsam s. *Contumacialverfahren.*
Urkunden §. 88. 89.
— — Beweisverfahren §. 189. 195.
Urtheile. Unterschiede von Decreten §. 98. 100.

Vermuthungen. Theorie derselben §. 81.
Verwaltung. Gerichtsstand der geführten §. 40.
Vollmachten §. 62. 63.
Vollstreckung s. *Execution.*

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 220.
— — — — quae datur brevi manu §. 130.
Wiederklage §. 42 b. 162.
Wohnort, Gerichtsstand desselben §. 37.

Zeugen §. 85. 86.
— — Beweisverfahren §. 189. 190. 195.
Zurückschiebung des Eides §. 91.